

REVISTA DE
BRASILEIRA
DE DIREITO
DESPORTIVO
RBDD

ANO 13 • 25 • JANEIRO-JUNHO • 2014

COORDENAÇÃO:

GUSTAVO NORMANTON DELBIN

PUBLICAÇÃO OFICIAL


IBDD
Instituto Brasileiro de Direito Desportivo

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS
TRIBUNAIS™



**REVISTA
BRASILEIRA DE
Direito Desportivo**

Ano 13 • vol. 25 • jan.-jun. / 2014

REVISTA BRASILEIRA DE Direito Desportivo

Ano 13 • vol. 25 • jan.-jun. / 2014

Coordenação

GUSTAVO NORMANTON DELBIN

DIRETORIA DO IBDD

GUSTAVO NORMANTON DELBIN – PRESIDENTE
EDSON SESMA – VICE-PRESIDENTE
LEONARDO ANDREOTTI PAULO DE OLIVEIRA – TESOUREIRO
RICARDO MAHLMANN DE ALMEIDA – SECRETÁRIO GERAL

CONSELHO EDITORIAL

ÁLVARO MELO FILHO
CARLOS MIGUEL CASTEX AIDAR
DOMINGOS SÁVIO ZAINAGHI
EDUARDO BEROL DA COSTA
FELIPE LEGRAZIE EZABELLA
GUSTAVO NORMANTON DELBIN
GUSTAVO LOPES PIRES DE SOUZA
JOÃO LEAL AMADO (Portugal)
JOSÉ MANUEL MEIRIM (Portugal)
LEONARDO ANDREOTTI PAULO DE OLIVEIRA
LUÍS GERALDO SANT'ANA LANFREDI
LUIZ FELIPE GUIMARÃES SANTORO
LUIZ ROBERTO MARTINS CASTRO

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.



Revista Brasileira de Direito Desportivo
Instituto Brasileiro de Direito Desportivo
Rua Correia Dias, 184, 10.º andar, Paraíso
Tel. 11 5539.4729
CEP 04104-000 – São Paulo, SP, Brasil

www.ibdd.com.br

ISSN 1677-3756

REVISTA
BRASILEIRA DE
Direito Desportivo

Ano 13 • vol. 25 • jan.-jun. / 2014

Coordenação

GUSTAVO NORMANTON DELBIN

Publicação oficial do

Instituto Brasileiro de Direito Desportivo – IBDD



THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

ISSN 1677-3756

REVISTA BRASILEIRA DE Direito Desportivo

Ano 13 • vol. 25 • jan.-jun. / 2014

Coordenação

GUSTAVO NORMANTON DELBIN

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

Diretor Responsável

MARISA HARMS

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

e-mail para submissão de originais
aval.artigo@thomsonreuters.com

Visite nosso site
www.rt.com.br
Impresso no Brasil: [06-2014]

Profissional
Fechamento desta edição: [18.06.2014]



IBDD INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DESPORTIVO

CONSELHO DELIBERATIVO DO IBDD

Alexandre Hellender de Quadros
Eduardo Carlezzo
Fabio Laudísio
Felipe Legrazie Ezabella
Gustavo Vieira de Oliveira
Luciana Monteiro Estudino
Luciano Hostins
Luiz Felipe Guimarães Santoro
Luiz Otávio Rodrigues Ferreira
Luiz Roberto Martins Castro
Thomás Américo de Almeida Rossi
Thomaz Souza Lima Mattos de Paiva

CONSELHO CONSULTIVO DO IBDD

Álvaro Melo Filho
Carlos Miguel Castex Aidar
Marcilio Cesar Ramos Krieger (*in memoriam*)
Valed Perry
Wladimyr Vinycius de Moraes Camargos

CONSELHO DE APOIO E PESQUISA

Alexandre Ramalho Miranda
Edson Sesma
Eduardo Berol da Costa
Mara Lúcia Mestriner Delbin
Martinho Neves Miranda
Paula Gambini Vazquez
Renato Renatino Pires Ferreira Santos
Ricardo Mahlmann de Almeida
Roberto J. Pugliese Jr.

REVISTA BRASILEIRA DE Direito Desportivo

Ano 13 • vol. 25 • jan.–jun. / 2014

Diretora Editorial

MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo Brasil

JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Bruna Schliindwein Zeni, Ítalo Façanha Costa e Rodrigo Oliveira Salgado

Coordenação Editorial

JULIANA DE CICCIO BIANCO

Equipe de Produção Editorial

Analistas Documentais: Damares Regina Felício, Marcia Harumi Minata, Rafael Dellova, Sue Ellen dos Santos Gelli e Thiago César Gonçalves de Souza

Técnica de Processos Editoriais: Maria Angélica Leite

Assistentes Documentais: Maurício Zednik Cassim, Roberta Alves Soares Malagodi e Samanta Fernandes Silva

Equipe de Jurisprudência

Analistas Documentais: Diego Garcia Mendonça, Juliana Cornacini Ferreira, Patrícia Melhado Navarra e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Administrativo e Produção Gráfica

CAIO HENRIQUE ANDRADE

Assistentes Administrativos: Antonia Pereira, Francisca Lucélia Carvalho de Sena e Tatiana Leite

Auxiliar de Produção Gráfica: Rafael Brito

Em ano de Copa do Mundo da Fifa no Brasil, orgulhosamente apresentamos a 25.^a edição da *Revista Brasileira de Direito Desportivo*. Este volume conta com temas atuais sobre este que é um dos mais importantes eventos esportivos do mundo, estudos inéditos e diversos outros assuntos palpitantes para o universo jurídico desportivo.

Com enorme satisfação, pela primeira vez na história da Revista e de nosso Instituto contamos com a participação da digníssima Professora Ada Pellegrini Grinover com parecer altamente técnico feito para a Confederação Brasileira de Futebol acerca da ilegitimidade de torcedores e do Ministério Público na busca por direitos de competência da Justiça Desportiva no âmbito da Justiça Comum. O Parecer denominado “A interpretação de dois instrumentos normativos da Justiça Desportiva.

O caso emblemático da CBF em relação à Sociedade Portuguesa de Desportos” encontra-se inserido na sessão de Trabalhos Forenses.

O ilustre jurista, professor de todos nós, Dr. Álvaro Melo Filho discorre sobre o advento do art. 217 da CF/1988, pilar do Sistema Nacional do Desporto, no artigo intitulado “25 anos da constitucionalização do desporto (art. 217)”.

O tema “Copa do Mundo” é abordado por Bruno Feigelson e Antonio Henrique Albani Siqueira, que tratam especificamente sobre o *ambush marketing*, ou seja, o *marketing* de emboscada, uma prática comum em megaeventos esportivos, agora tipificados penalmente pela Lei Geral da Copa. Os álbuns de figurinha também não poderiam faltar: o direito de imagem é tema recorrente em nossas publicações, entretanto, um artigo versa especialmente sobre a questão dos álbuns de figurinhas e os direitos dos jogadores em “Direito de imagem: quando uma figurinha vale mais que um gol?” pelos alunos da UFPR Luis Renan Coletti, Rafael de Carvalho Pretel e Raísa Chuchene Bonatto. Sobre o mesmo tema, mas com outro viés, “O direito nos álbuns de figurinhas” é desenvolvido pelos também acadêmicos paranaenses Pedro Arruda Alvim Wambier e Guilherme Consul Charles.

Os aspectos tributários do contrato de licença de uso de imagem são explorados por Vinícius Leonardo Loureiro Morrone no artigo “Licença de uso de imagem – Contrato válido ou fraude tributária?”.

No Direito Desportivo Trabalhista, Amanda Lima Menezes e Gustavo Lopes Pires de Souza participam desta edição tratando sobre “A exigência legal do seguro de vida para o jogador de futebol”, sob o prisma da Lei Pelé.

Em relação às entidades de prática desportiva, trata Danielle Maiolini Mendes acerca do poder diretivo sob os atletas de alto rendimento com o artigo “O poder diretivo no cenário desportivo: a manifestação e os limites do poder exercido sobre os atletas de alto rendimento” e também Marco Xavier Coelho e Cláudio Fernandes Marques Santos tratando sobre o modelo de constituição de uma entidade de prática desportiva com o artigo “Entidades de prática desportiva profissionais: transição do modelo associativo ao societário”.

Esta edição ainda conta com o artigo “O direito de formação aplicado ao futebol e as alterações da nova Lei 9.615/1998” escrito pelo advogado gaúcho Christian Pfeifer Koelln, trazendo as inovações acerca do direito de formação de atletas e “A influência dos direitos econômicos no cenário atual do direito desportivo brasileiro” por Mariana Cechini da Silva, fazendo um panorama acerca da questão dos direitos econômicos sob a análise do atual cenário legislativo.

A Justiça Desportiva é abordada no artigo “A inconstitucionalidade da pena de portões fechados” elaborado por Márcia Santos da Silva, tema atual que vem sendo debatido em recentes decisões proferidas pelo órgão máximo da justiça desportiva do futebol, o Superior Tribunal de Justiça Desportiva. A mesma justiça especializada encontra espaço na sessão de comentários à jurisprudência com a questão da aplicação de punições previstas no ordenamento da Fifa em recentes decisões do STJD, pelos advogados Sérgio Santos Rodrigues e Mariana Rosignoli no artigo “Aplicação do Código Disciplinar da Fifa pelo STJD”. Ademais, o Processo 03/2013 do STJD do Atletismo trata da punição disciplinar aplicada a atleta por infração ao art. 243-F do CBJD, no revezamento 4 x 100m feminino brasileiro.

Tema pouco explorado em publicações de direito desportivo – sobre os direitos da criança e do adolescente – é abordado no artigo “A limitada efetivação da tutela dos direitos humanos da criança e do adolescente e o trabalho infantil nas categorias de base dos times de futebol de menor expressão do Estado do Rio de Janeiro” de lavra de Daniel Rodrigues Thomazelli, apresentando a realidade fática do trabalho infantil no âmbito de clubes do Estado do Rio de Janeiro.

Na sessão de doutrina internacional tivemos grandes contribuições. A primeira do advogado tcheco Michal Králík trata dos aspectos crimi-

nais sob o prisma da legislação europeia acerca dos atos de indisciplina durante a prática desportiva, com o artigo “Criminal aspects of the European legal development of the liability of sports participants for sports-related injuries in the 20th and 21st century and its reflection in the Czech Republic”. O iminente Presidente da Allade, o amigo jurista argentino Ricardo Frega Navia trata dos alcances jurídicos do mercado de transferências no futebol profissional com o artigo “La modalidad de las triangulaciones en el mercado de transferencias en el fútbol profesional: sus alcances jurídicos”.

Na sessão de Trabalho Forense, além do comemorado parecer da Professora Ada Pellegrini Grinover já noticiado acima, temos o Parecer do Procurador de Justiça de Porto Alegre, Luís Alberto Thompson Flores Lenz acerca da inapropriada utilização processual de ações civis públicas para discussão de controvérsias na justiça desportiva.

Com estes temas absolutamente atuais e importantes, encerramos a 25.^a edição em clima de Copa do Mundo, certos de ter contribuído mais uma vez para o desenvolvimento da matéria.

Muito obrigado e boa leitura a todos.

Recebam meu cordial e fraterno abraço.

GUSTAVO NORMANTON DELBIN

Coordenador.

SUMÁRIO

EDITORIAL	7
DOCTRINA	
25 anos de constitucionalização do desporto (art. 217) ÁLVARO MELO FILHO	17
A exigência legal do seguro de vida para o jogador de futebol AMANDA LIMA MENEZES E GUSTAVO LOPES PIRES DE SOUZA.....	39
Copa do Mundo 2014 e o <i>marketing</i> de emboscada BRUNO FEIGELSON E ANTONIO HENRIQUE ALBANI SIQUEIRA	53
O direito de formação aplicado ao futebol e as alterações da nova Lei 9.615/1998 CHRISTIAN PFEIFER KOELLN	69
O poder diretivo no cenário desportivo: a manifestação e os limites do poder exercido sobre os atletas de alto rendimento DANIELLE MAIOLINI MENDES.....	101
Como garantir uma liga desportiva competitiva? Das tentativas do modelo dos EUA à Série B na Itália LUCA SMACCHIA	125
Direito de imagem: quando uma figurinha vale mais que um gol? LUIS RENAN COLETTI, RAFAEL DE CARVALHO PRETEL E RAÍSA CHUCHENE BONATTO	137
A inconstitucionalidade da pena de portões fechados MÁRCIA SANTOS DA SILVA	161
Entidades de prática desportiva profissionais: transição do modelo associativo ao societário MÁRCIO XAVIER COELHO E CLÁUDIO FERNANDES MARQUES SANTOS	185
A influência dos direitos econômicos no cenário atual do direito desportivo brasileiro MARIANA CECHINI DA SILVA	215

Licença de uso de imagem – Contrato válido ou fraude tributária? VINÍCIUS LEONARDO LOUREIRO MORRONE.....	231
A limitada efetivação da tutela dos Direitos Humanos da criança e do adolescente e o trabalho infantil nas categorias de base dos times de futebol de menor expressão do Estado do Rio de Janeiro DANIEL RODRIGUES THOMAZELLI	243
O direito nos álbuns de figurinhas PEDRO ARRUDA ALVIM WAMBIER E GUILHERME CONSUL CHARLES.....	275

DOCTRINA ESTRANGEIRA

Criminal aspects of the European legal development of the liability of sports participants for sports-related injuries in the 20th and 21st century and its reflection in the Czech Republic MICHAL KRÁLÍK.....	291
La modalidad de las triangulaciones en el mercado de transferencias en el fútbol profesional: sus alcances jurídicos RICARDO FREGA NAVIA	315

JURISPRUDÊNCIA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DESPORTIVA DO ATLETISMO

ATLETA PROFISSIONAL – Infração contra a ética desportiva – Ofender alguém em sua honra, por fato relacionado diretamente ao desporto – Agente que, após desclassificação em prova de revezamento de mundial de atletismo, faz declarações públicas afirmando que não havia treinado o suficiente e teria dormido e se alimentado mal para a participação no campeonato.....	329
---	-----

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DESPORTIVA

FUTEBOL – Rebaixamento de clube futebolístico para o Campeonato Brasileiro da Série "D" • PENALIDADE ADMINISTRATIVA – Multa pecuniária – Clube futebolístico que, penalizado pelo Comitê Disciplinar da Fifa, ingressa com pedido de liminar no Judiciário, a fim de obstaculizar o cumprimento da decisão – Comentário por SÉRGIO SANTOS RODRIGUES E MARIANA ROSIGNOLI: <i>Aplicação do Código Disciplinar da FIFA pelo STJD</i>	337
---	-----

TRABALHO FORENSE

A interpretação de dois instrumentos normativos da Justiça Desportiva – O caso emblemático da CBF em relação à Sociedade Portuguesa de Desportos ADA PELLEGRINI GRINOVER	351
---	-----

Ação civil pública ajuizada por Município para inserir clube de futebol no campeonato brasileiro	
LUÍS ALBERTO THOMPSON FLORES LENZ	421
NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA.....	427

The background features a light gray gradient with several overlapping, semi-transparent circles of varying shades. A dense pattern of fine, light gray lines radiates from the bottom left towards the top right, creating a sense of motion and depth.

Doutrina



25 ANOS DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DESPORTO (ART. 217)

ÁLVARO MELO FILHO

Membro da Fifa, da International Sport Law Association e da Comissão de Estudos Jurídicos Esportivos do Ministério de Esporte e do IBDD. Professor com Livre-docência em Direito Desportivo. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Desportivo

RESUMO: Este estudo centra-se no art. 217 da Constituição do Brasil envolvendo seus antecedentes históricos, o desporto nas constituições estrangeiras, comentários aos incisos e parágrafos do art. 217, remissões constitucionais e legais e jurisprudência do STF.

PALAVRAS-CHAVE: Desporto – Constitucionalização – Art. 217 – Jurisprudência do STF.

ABSTRACT: This study focuses on the art. 217 of the Constitution of Brazil involving its historical background, the sport in foreign constitutions, reviews the sections and paragraphs of article 217, constitutional and legal references and references jurisprudence of the Supreme Court.

KEYWORDS: Sport – Constitutionalisation – Art. 217 – Supreme Court Jurisprudence.

SUMÁRIO: 1. Antecedentes históricos – 2. Constituições estrangeiras – 3. Comentários: 3.1 A autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento; 3.2 A destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento; 3.3 O tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não profissional; 3.4 A proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional – 4. Dispositivos constitucionais e legais relacionados – 5. Tentativas legislativas de alterações do art. 217 – 6. Jurisprudência (STF) – 7. Referências bibliográficas.

“Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados:

I – a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

II – a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;

III – o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não profissional;

IV – a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

§ 1.º *O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.*

§ 2.º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

§ 3.º O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.”

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Alcançamos as “bodas de prata” de vigência do art. 217 de Lex Magna de 1988 que constitucionalizou o desporto e se configurou como pilar fundamental ou pedra angular da pirâmide jusdesportiva brasileira.

A incorporação do desporto na Carta Constitucional, por sugestão e redação nossa, é fruto da relevância do desporto e do fato desportivo como parte indissociada da vida contemporânea e da “sociedade desportivizada.” Trata-se da mais avançada norma constitucional mundial sobre desporto, seara cada vez mais penetrada por imperativos jurídicos, posto que, o desporto sem regulação jurídica não será mais desporto.

Antes de 1988, tão apenas a Constituição Federal de 1967, com as mutações decorrentes da Emenda Constitucional de 1969, outorgava à União (art. 8.º, XVIII, *q*) competência para legislar sobre “normas gerais sobre desportos”, ou seja, havia apenas quatro resumidas, lacônicas e secas palavras destinadas ao desporto.

Como membro do Conselho Nacional de Desportos e assessor jurídico da Federação Internacional de Futebol de Salão, fomos o artífice e responsável por elaborar e encaminhar, em nome das duas entidades de direção desportiva, as propostas para inserção do desporto na Lei Ápice que se tornou o texto vigorante. Ao ensejo, demonstramos aos constituintes que o desporto – um direito não descartável – como expressão da alma nacional e fator de prestígio real e de afirmação da nação brasileira perante o mundo, merecia, como mereceu, um lugar destacado na Constituição Federal.

De outra parte, ao formatar a proposta de constitucionalização do desporto, já identificávamos traços de sua progressiva profissionalização e mercantilização como características significativas resultantes, sobretudo, do consumo, da globalização e da relevância social, sem olvidar ter o desporto palpável dimensão democrática.

Sendo imprevisível, durante os trabalhos constituintes, se a Lei das Leis adotaria uma tipologia enxuta, sintética ou concisa, ou, se utilizaria o molde analítico, detalhista ou prolixo, estabelecemos, como pressuposto, que não se deveria postular a inserção de vários dispositivos desdobrados ou enfeixados num capítulo. Nesse diapasão, condensamos e centramos a proposição à Assembleia Nacional Constituinte em um único ditame, vale dizer, restringimos a proposta a um só dispositivo ou artigo, com feição nitidamente principiológica e *animus* de que o desporto,

constitucionalmente, ficasse, como efetivamente ficou, na dicção do art. 217, com seus quatro incisos e três parágrafos, projetando luzes na escuridão desportivo-constitucional em que vivíamos. E, nesse contexto, com a constitucionalização do desporto, o papel do Estado deixa de ser apenas normatizador e fiscalizador, para se transformar em importante fomentador, na medida em que o desporto passa a ser categorizado como direito do cidadão, dever do Estado e responsabilidade social de todos.

2. CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS

O desporto tem tratamento tímido e resumido nas constituições estrangeiras, e nenhuma delas abre espaço quantitativo e qualitativo ao contemplar o desporto, tal como o faz a Lex Magna brasileira.

A Constituição da República Federal Democrática da Alemanha, no art. 25, estabelece o dever estatal de fomentar, através do Estado e da sociedade, as atividades dos cidadãos na cultura física e no desporto.

O art. 16.9 da Constituição da Grécia determina que o Estado protege e subvenção o desporto e as associações desportivas de todas as classes.

Já a Constituição de Cuba, no art. 9.º, assinala que o Estado proclama que ninguém deixará de ter acesso ao estudo, à cultura e ao desporto.

Na Itália, o art. 117 do Texto Constitucional dispõe que o Estado tem a faculdade exclusiva de legislar sobre o regime jurídico dos desportos.

A Constituição da Espanha, no item 3 do art. 43, enfatiza que “os poderes públicos fomentarão a educação sanitária, a educação física e o desporto”.

A Constituição de Portugal coloca o desporto como um dos direitos assegurados aos jovens (art. 70), realçando, ainda, que “todos têm direito à cultura e ao desporto” (art. 79.1.)

A Constituição do Peru assim dispõe: “Art. 38. O Estado promove a educação física e o desporto, especialmente o que não tem fins de lucro, atribuindo-lhes recursos para definir sua prática”.

A Constituição da Rússia, no art. 41.2, determina que “a Federação Russa fomentará o desenvolvimento da cultura física o do desporto”.

Em seu art. 52, a Constituição colombiana expressa que: “Reconhece-se o direito de todas as pessoas à recreação, à prática do desporto e ao aproveitamento do tempo livre”.

“Todas as pessoas têm direito ao desporto e à recreação como atividades que beneficiam a qualidade de vida individual e social.” É este o texto do art. 111 da Constituição da Venezuela.

A Constituição da República Popular da China põe em relevo, no art. 12, que o desporto quadra-se dentre as atividades que servem de instrumento à política proletário – revolucionária e deve servir aos trabalhadores, camponeses e soldados, combinando-se “com o trabalho e a produção”.

É curioso observar que Constituições de países de importância no contexto desportivo mundial como Estados Unidos, França, Inglaterra e Argentina, por exemplo, silenciam e se omitem quanto a temática desportiva.

3. COMENTÁRIOS

“Art. 217. *É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados.*”

O *caput* deste ditame constitucional tem como propósito maior transfundir o desporto num direito de todos e de cada um, ao substituir a elitização pela universalização das práticas desportivas formais e informais, independentemente de ser da tipologia competitiva, educativa ou participativa, procurando reduzir ao máximo o número de marginalizados e excluídos da *praxis* desportiva, com supedâneo em princípios, estratégias e ações convergentes em prol do sistema desportivo nacional que não seja mais real que a própria realidade. Por sinal, para alguns autores este direito ao desporto integra o conjunto de direitos de terceira geração, enquanto na ótica de outros quadra-se como protótipo dos direitos de quarta geração.

Saliente-se que o “direito de cada um” insculpido no *caput* do art. 217 da Lex Magna harmoniza-se e integra-se com o “dever do Estado” a quem caba assegurar e propiciar o direito de acesso e de permanência no processo desportivo nacional. E o dever do Estado é reforçado pelo vocábulo “fomentar”, palavra que é verdadeira chave de abóbada do ditame aqui analisado, que foi extraída da Constituição Espanhola vigorante (art. 43, § 3.º), tendo o significado de estimular, promover ou proteger atividade, *in casu*, desportiva.

Igualmente importante para percepção da dimensão jusdesportiva deste *caput* é a expressão “práticas formais e não formais”, na medida em que derrui e sepulta a visão reducionista, míope e desfocada de que o desporto é adstrito ao desporto competição, especificamente ao futebol e à participação de seleções brasileiras em eventos mundiais, quando não se pode deixar *a latere* da vertente competitiva, o desporto educacional e participativo que não tem ambição de *placard*, não pretende quebra de *records* e nem se nutre com a volúpia do *score*, como são exemplos o desporto-pedagógico da criança que propicia formação, o desporto-terapêutico da terceira idade e do portador de deficiência, ou ainda, o desporto-recreação descompromissado de resultados.

3.1 *A autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento*

A legislação desportiva é, indubitavelmente, uma regulação em eterna reforma ou em permanente *devenir* que não pode nem deve fazer *tabula rasa* da autonomia desportiva insculpida no art. 217, I, da Lex Magna. Por isso mesmo, a autonomia desportiva foi elevada ao patamar constitucional visando a propiciar às entidades desportivas dirigentes e associações uma plástica organização e um flexível mecanismo funcional que permitam o eficiente alcance de seus objetivos. Em outras palavras, com a autonomia os entes desportivos estão aptos a buscar fórmulas capazes de resolver seus problemas, enriquecendo a convivência e acrescentando aos entes desportivos ideias criativas e soluções inovativas mais adequadas às peculiaridades da sua conformação (organização) e de sua atuação (funcionamento), desde que respeitados os limites da legislação desportiva nacional e resguardados os parâmetros fixados pelas entidades desportivas dirigentes internacionais.

Arremate-se que a autonomia desportiva (garantia constitucional dos entes desportivos quanto a sua organização e funcionamento) não tem o mesmo sentido e alcance da independência (atribuída aos poderes do Estado), e também não se confunde com a soberania (imaneente à Nação e aplicável tão apenas nas relações entre Nações, sendo incogitável quando se trata de entes privados de diferentes países). Sinal-se, ainda, que os limites constitucionais impostos ao protagonismo do Estado no setor desportivo, em suma, a autonomia desportiva (art. 217, I, CF), constitui-se num princípio elevado ao plano do ordenamento jurídico constitucional, portanto, dotado do maior grau de positividade jurídica possível que a ele se atribuiu, não sendo supressível ou infirmável por mera ação legislativa ordinária ou da administração pública, vale dizer, sua supremacia impõe-se à observância necessária e cogente por qualquer dos integrantes dos poderes públicos. Não é impertinente fixar-se aqui que o princípio não se confunde com a regra, nada obstante ambos sejam considerados normas. E há de repontar-se que as regras são aplicadas por subsunção, enquanto os princípios por ponderação.

A autonomia desportiva, em sua concepção jurídica, como princípio ou postulado inderrogável reconhecido e incorporado ao Texto Constitucional, decorre da relação necessária entre autonomia e a criação de regras próprias” na construção de um ordenamento desportivo típico e igualmente original. Vale dizer, não é de hoje que se reconhece a eficácia da autonomia do movimento associativo desportivo e a conseqüente impossibilidade de ingerência ou de intrusão dos poderes do Estado nesta vasta “reserva natural” do desporto ou na “esfera mínima de autodeterminação de cada um” sob pena de contaminar a pureza dos preceitos puramente desportivos, dotado de um forte espírito de iniciativa privada.

Impende realçar aqui a sensibilidade do constituinte que, ao invés de erigir a autonomia desportiva como um mero desiderato principiológico, outorgou-lhe a cogência desejável. E o fez em sintonia com a mais moderna doutrina desportiva mundial, ao reconhecer que só as próprias entidades associativas de cada modalidade desportiva possuem a experiência e o conhecimento necessários para a melhor solução de seus próprios problemas. Caso não fosse respeitada essa autonomia, seria admitir como possível ao legislador de cada país mudar as próprias regras da respectiva modalidade desportiva, um disparate tão absurdo que acarretaria a perda de identidade do desporto, sua descaracterização e o prejuízo irreparável aos praticantes, aos adeptos e a toda a sociedade. Em suma, a autonomia desportiva é um postulado ou “pedra de toque” que tem lastro na Constituição Federal, delegando poderes às entidades desportivas, não podendo ser violentado ou infirmado por norma de hierarquia infraconstitucional, até porque, o art. 217, I, propiciou a liberalização do desporto para enfrentar os desafios da globalização e do século XXI.

Note-se, para elidir derrapagens e incompreensões, que a autonomia desportiva pode ser, genericamente, comparada ao poder discricionário onde há uma margem de liberdade de ação sem malferir a juridicidade, afastada qualquer semelhança ou paralelismo com o poder arbitrário que desborda e transgride os limites legais. Vê-se, então, que a autonomia desportiva não intenta nem pretende fazer do desporto uma seara apartada do Direito, ao revés, constitui-se em fonte de fundamentação e oxigenação de todo o sistema jus-desportivo, para que este se mantenha atento à realidade. Refere-se, assim, a certo poder de autonormação e de autogoverno que existe, sem intervenção externa ou estatal, o que se reconhece e resguarda, constitucionalmente, dentro dos contornos traçados pela Carta Magna, que não delega ao legislador, administrador ou julgador competência para conceder direitos ou limitá-los, pois, só a própria Constituição pode fazê-lo. Recorde-se, por relevante, que mitigar os efeitos ou a força que se irradia do postulado da autonomia desportiva (art. 217, I) é fulminar e subverter a hierarquia entra a Lei Maior e a ordem jurídica em geral, como se a Carta Magna fosse formada por um conjunto de cláusulas vazias e o legislador ou administrador pudesse livremente dispor a respeito de seu conteúdo, vulnerando o Texto Constitucional e contrariando seu sentido lógico e teleológico. Vê-se, então, que os limites e vinculações da *lex sportiva*, devem ser procurados na Constituição e só dela podem ser extraídos, sob pena de ensejar intromissões que, regra geral, são tendentes a castrar a autonomia desportiva. À evidencia, não há na Lei das Leis outorga de delegação do legislador superior para que o legislador ordinário ou inferior regule o princípio constitucional da autonomia desportiva que, sequer, se faz acompanhar da expressão “nos termos da lei”, ou equivalente, o que impede ao legislador ordinário travestir-se de constituinte pela via de um inexistente poder delegado.

É cediço que o legislador infraconstitucional não tem o poder jurídico de restringir a autonomia desportiva a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial, sob pena de esvaziar-se, desnaturar-se ou suprimir-se o seu conteúdo. Em suma, a autonomia desportiva é princípio constitucional explícito que fixa o norte basilar de todo o ordenamento jusdesportivo, delimita seus conteúdos normativos, propicia a filtragem da validade dos dispositivos infraconstitucionais do desporto, em face da Lei Maior, concretizando, na tensão dialética entre liberdade e autoridade na esfera jusdesportiva, a lição canotilhiana de que a liberdade é a regra e a restrição é exceção, até porque o desporto não pertence aos governos, mas aos cidadãos e às organizações desportivas. Não é despidendo relembrar, nesse passo, que em face do princípio constitucional da autonomia desportiva (art. 217, I), é incogitável que o Conselho Nacional de Esporte, por exemplo, ente atrelado ao Ministério do Esporte, adote qualquer atuação policalesca, disciplinadora, cartorial, tutelar ou paternalista. E se isso ocorresse estaria exumando-se e revigorando-se o poderoso CND que, em 1990, enfeixava funções legislativas, executivas e judiciais na seara desportiva, atuando como “braço de ferro” do Poder Público no desporto. Como Vice-Presidente do CND, coube-nos a missão de propor a revogação, de uma só vez, de todo o “entulho autoritário” de 400 deliberações e resoluções, do total de 431 então vigorantes, exatamente porque afrontavam e malferiam tanto a autonomia das entidades dirigentes e associações desportivas, quanto à sua organização e funcionamento garantidas no art. 217, I, da Lex Magna. E o fizemos aferrados à concepção de que as leis, os decretos e as resoluções escravizam, e só a Constituição liberta.

Em síntese, da consagração constitucional da autonomia desportiva decorre a preservação do postulado em detrimento das Leis que tentam desvirtuá-lo, porquanto:

a) o art. 217, I, assecuratório da autonomia e autogoverno desportivo não comete a matéria à delimitação da *lex ordinária*, e, este silêncio é eloquente;

b) a norma do art. 217, I, é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, embora aceite regulamentação de caráter instrumental visando à sua maior funcionalidade, expressa em normas gerais sobre desporto, desde que não importe em restringir, reduzir, diminuir ou afetar, ainda que de modo indireto, a autonomia desportiva;

c) os limites impostos à autonomia das entidades desportivas proveem diretamente da Constituição e só dela podem ser extraídos, sendo limites genéricos aqueles que decorrem dos princípios fundamentais do Estado brasileiro, dos direitos e garantias individuais e dos princípios expressos no art. 217 da Lex Magna.

Nesse passo, cabe realçar, o desporto não comporta um único legislador público-estatal, cabendo repelir-se a vocação histórica de uma legislação desportiva de

cunho intervencionista, conquanto o desporto não se quadra como de “interesse público”, embora desperte um amplo interesse do público. Insta, pois, abrir-se cada vez mais espaço para a pluralidade normativa privada com lastro no postulado da autonomia desportiva gerando, nos âmbitos territorial, nacional e internacional, estatutos, regulamentos de copas e campeonatos, normas sobre publicidade e patrocínios em uniformes de competição, leis de transferência de jogadores, disciplinamento de agentes de jogadores, regulamentação de *dopping*, normatização de licenciamento de clubes, etc., como resultado de uma autorregulamentação impermeável ao próprio Estado e que abastece de “direito vivo” as realidades jusdesportivas.

Urge, portanto, filtrar os dispositivos infraconstitucionais de modo a conciliar as exigências do desporto em si com cláusula pétrea da autonomia desportiva (art. 217, I, CF), por ser esta norma constitucional a medula espinal e ossatura central do ordenamento jusdesportivo.

3.2 A destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento

O contributo, o encorajamento e o repasse de recursos financeiros estatais, prioritariamente para o desporto educacional, é critério que se explica por ter esta tipologia de manifestação desportiva papel importante no processo educativo, ao favorecer a formação e promoção do homem, implantando hábitos sadios, estimulando as tendências de liderança, fortalecendo o aprendizado de regras de convivência e solidificando o sentimento de coesão comunitária e de identificação social. Ou seja, os valores veiculados pelo desporto contribuem para desenvolver os conhecimentos, a motivação, as competências e a disponibilidade para fazer esforços pessoais, pois, o tempo consagrado às atividades desportivas na escola e na universidade tem reais efeitos benéficos para a educação, sem esquecer que, não raro, o desporto, na sua função social, serve como meio para tornar as escolas mais atrativas e melhorar a taxa de frequência escolar. Adite-se que o uso pedagógico do desporto, que envolve oposição e competição, tanto pode convergir à aceitação da sociedade competitiva como pode problematizar as relações sociais. Entre as linhas dos campos, das quadras e das pistas podemos ver o outro como inimigo a ser destruído, como também um oponente que reencontraremos ao final da partida como parceiro.

A par disso, este ditame constitucional assegura o financiamento ou suporte financeiro público indispensável com vistas a performance condigna e, se possível, exitosa, de representações nacionais (seleções brasileiras) participantes de disputas de nível olímpico, mundial ou continental das várias modalidades desportivas, pois, à evidência, há o efeito-imitação que sempre o sucesso é alcançado pelo desporto de alto rendimento, além de repercutir na popularidade e na motivação

para ampliar o número de participantes de práticas desportivas. Isso implica em pavimentar o caminho e dar recursos financeiros para programas e experiências de caráter educativo, seja possibilitando a iniciação e a formação desportiva em escolas e universidades, seja viabilizando as atividades desportivas formais e não formais com finalidade pedagógica.

Observe-se que o apoio ou aporte de tais recursos públicos para o desporto educacional, consorciado com o suporte financeiro às seleções brasileiras partícipes de competições internacionais, afigura-se, sobretudo, como investimento, e não, como custo do Estado, na medida em que irá favorecer a construção de novas mentalidades em que “a positividade do lúdico solidário prevaleça sobre o agonístico exacerbado”, abrindo novas perspectivas para a “desportivização” da sociedade brasileira, ou seja, para a multiplicação e diversificação das ações desportivas em todo o País.

3.3 O tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não profissional

O inc. III do art. 217 busca concretizar, na esfera desportiva, a vetusta e sempre atual lição aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam, e, por isso mesmo, impõe a necessidade de o legislador dar um tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não profissional.

Anteriormente à Constituição Federal de 1988 havia um decreto federal, já revogado, que definia como profissionais as seguintes modalidades: futebol, motociclismo, golfe, automobilismo e tênis. E foi na esteira desta categorização legal que o constituinte vedou, por via transversa, uma legislação uniforme e padronizada para profissionais e não profissionais, porquanto, identidades distintas expressam-se, agregam-se e organizam-se diferentemente, além de dotadas de estruturas totalmente diversas.

Sendo, então, visíveis as inconveniências de um modelo legal uniforme, não havia porque dar ao desporto profissional e ao não profissional proteção idêntica, nem dispensar-lhes igual tratamento, posto que o profissional pratica desporto para ganhar dinheiro, enquanto o não profissional, muitas vezes, gasta dinheiro para praticar o desporto.

Urge, contudo, atualizar o sentido e alcance deste ditame, pois, na realidade, não mais existe desporto profissional e desporto não profissional. Ou seja, profissional ou não profissional não é o desporto, mas o atleta. Repita-se, por relevante, que a condição – profissional ou não profissional – é do atleta e não da modalidade desportiva. E, tanto é verdade que no futebol, por exemplo, há competições disputadas por profissionais, como há campeonatos que congregam apenas atletas não profissionais, antes nominados de “amadores”. De fato, as inúmeras modalidades

desportivas podem ser praticadas, de forma profissional ou não profissionalmente, e, é nessa perspectiva que o legislador constituinte buscou evitar um modelo legal estandardizado e único para albergar a plural forma de prática desportiva pelos atletas profissionais (detentores de contrato de trabalho profissional desportiva) e não profissionais (aqueles que não têm contrato de trabalho desportivo com seus clubes ou entes de prática desportiva). Um exemplo bem atual é recolhido do Código Brasileiro de Justiça Desportiva (CBJD) que contempla este tratamento diferenciado ao incluir a condição de atleta não profissional como atenuante na dosimetria das sanções desportivas.

3.4 *A proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional*

Este inc. IV do art. 217 condensa dois aspectos essenciais que por muitos ex-
getas tem passado despercebidos:

a) “*Proteção às manifestações desportivas de criação nacional*”, ou seja, àquelas geradas e nascidas no Brasil, detentoras de enormes valências e significados não só desportivos, mas também de cunho educacional, cultural e social, como a peteca, a capoeira e, a maior delas, o Futebol de Salão, atualmente nominado de Futsal, exemplos relevantes de modalidades desportivas com indubitosa identidade cultural brasileira e que integram a realidade desportiva nacional e têm no seu DNA “um traço particular da vida e do caráter nacional”;

b) “*Incentivo às manifestações desportivas de criação nacional*”, semente jurídica que plantamos e que fez florescer a legislação incentivadora fiscal do desporto (Leis 11.438/2006 e 11.472/2007), com o intuito de criar mecanismos realistas e pragmáticos para superar as restrições e dificuldades de caráter financeiro que tolham e tolhem do desenvolvimento do desporto de criação nacional, nada obstante a *lex* desportiva esteja a beneficiar, indistintamente, a todas as modalidades praticadas no País. Acresça-se que os incentivos fiscais para o desporto comportam-se como autêntico “investimento social” porquanto contribui, significativamente, para reduzir a necessidade do número de leitos nos hospitais e de cárceres nos presídios, tendo efeitos palpáveis na prevenção de atitudes antissociais, além de propiciar inclusão e inserção sociais, evidenciando-se, assim, como “a mais econômica forma de medicina social”. Aliás, de uma perspectiva econômica, os incentivos fiscais para o desporto configuram-se também como investimento, não só gerando emprego para o expressivo contingente de profissionais envolvidos e vinculados à indústria do desporto (bens e serviços), mas igualmente aumentando as exportações do setor desportivo.

Demais disso, não se fez tabula rasa de que havia e há manifestações desportivas genuinamente brasileiras que sofrem ameaças de usurpação por entidades desportivas internacionais, autênticas “multinacionais desportivas” que utilizam o seu

poder econômico e político para apropriar-se de desportos tipicamente brasileiros e, regra geral, deves à falta de incentivo e proteção do poder público. Assim, por força deste princípio desportivo-constitucional, o Estado tem o dever protetivo da originalidade desportiva brasileira, incentivando-a para torná-la mais difundida e sedimentada no espaço desportivo internacional.

“§ 1.º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

§ 2.º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.”

Impende pôr em destaque, desde logo, que os §§ 1.º e 2.º do art. 217 da Lei Maior corporificam dois princípios: o § 1.º condensa o *princípio do exaurimento da Justiça Desportiva*, a partir da vedação e acesso ao Poder Judiciário antes de esgotadas as instâncias da Justiça Desportiva, enquanto o vigente § 2.º alberga o *princípio da jurisdicionalidade temporária da Justiça Desportiva* pelo prazo de 60 dias.

Com efeito, em face da grandeza e importância que as relações desportivas assumiram na sociedade, o desporto foi, constitucionalmente, contemplado nos §§ 1.º e 2.º do art. 217 com um “domínio reservado”, ou seja, com um microsistema judicante: a Justiça Desportiva. Tenha-se presente, nesse passo, que a própria categorização do desporto como ordem jurídica específica decorre de duas condições substanciais: de um lado, da prerrogativa de criar suas próprias regras e, de outro, do exercício do poder de sanção, avultando aqui a função da Justiça Desportiva de ajudar a moldar formas legítimas e a inculcar valores educacionais e significados mais humanos às práticas do desporto.

Realce-se que a Justiça Desportiva brasileira é a única no mundo a ter lugar reservado na Lei Maior de um país, tanto que, na Suíça, sede dos principais entes diretivos do desporto mundial, na ausência de um dispositivo legal específico, a instauração de vias de direito internas e de órgãos judicantes nas federações desportivas lastreia-se no princípio da autonomia em que se funda o direito de associação. De todo modo, trata-se de um sistema de justiça “doméstica” com o *animus* de evitar o recurso à jurisdição ordinária, entrega os litígios desportivos a um tribunal *interna corporis* da família desportiva.

Impende destacar, por relevante, que em muitos modelos jusdesportivos europeus (Espanha, Portugal, Itália, França, por exemplo) a Justiça Desportiva exercita um poder disciplinar categorizado como uma função pública de caráter administrativo delegada por lei às Federações Desportivas. Frise-se, ainda, que a própria estrutura monopolista dos entes diretivos desportivos permite que atuem como “delegados do poder público” em alguns países, e, de fato, nada obstante muitos verberem contra a utilidade e a eficácia da publicação da justiça desportiva. E, nesse modelo público, a Justiça Desportiva exerce um poder sancionador próprio

dos poderes públicos, mas que se encontra delegado às federações desportivas que são titulares de prerrogativas de autoridade pública, em face da “valência pública” das atividades desportivas. Contudo, ao lado desse modelo público, igualmente convive um modelo privado. É o que ocorre na Alemanha, Reino Unido e Estados Unidos onde o poder público tem uma intervenção mínima sobre o desporto, a partir da concepção de que o desporto emerge espontaneamente da sociedade civil, por sua livre-iniciativa, e, nesse contexto, a Justiça Desportiva quadra-se como matéria jurídica de “índole estritamente privada”, tipificada pelo abstencionismo estatal e plena liberdade de atuação dos entes desportivos que ostentam o poder disciplinar para apenar atletas e equipes, exigindo-se notificação para defesa e direito a eventual recurso.

Sublinhe-se, nesse passo, a visível diferença de tratamento entre os litígios desportivos (envolvendo disciplina ou competição) em relação a outras espécies de litígios mesmo albergando direitos consagrados na Lei Maior. Assim é que, na esfera tributária, onde existem casos de grande relevância econômica ou social, em que a legislação prevê a possibilidade de julgamento por instância administrativa, inexistente restrição a que o cidadão socorra-se diretamente do Poder Judiciário, sem necessidade de transitar pelo caminho administrativo, evidenciando o tratamento único e especial outorgado às referidas tipologias de demandas desportivas.

De outra feita, é de sabença geral que as ações relativas à disciplina e às competições desportivas somente poderão ser submetidas à apreciação do Poder Judiciário após o esgotamento das instâncias da Justiça Desportiva, a quem foi concedido um prazo máximo de 60 dias, na dicção dos §§ 1.º e 2.º do art. 217 da *Mater Legis*. Exsurge destes parágrafos uma dúvida persistente que assalta os operadores da Justiça Desportiva quanto ao acesso ao Poder Judiciário: se há clareza quanto ao momento da apreciação judicial, a Constituição Federal nada diz quanto ao seu alcance. Ou seja, a norma constitucional fixa restrição temporal ao reexame judicial que exige prévia exaustão das instâncias da Justiça Desportiva, mas silencia quanto ao conteúdo do reexame judicial. Em resumo, indaga-se: estará o juiz ordinário, de algum modo, vinculado à decisão final proferida na Justiça Desportiva, ou, terá o recurso da parte prejudicada pleno efeito devolutivo, cabendo à Justiça ordinária reexaminar o mérito da causa desportiva? Alguns autores defendem que a Justiça Desportiva atua como um filtro de acesso ao Judiciário e que o controle jurisdicional em matéria de competições e disciplina não lhe permite adentrar no mérito das demandas desportivas oriunda da Justiça Desportiva, daí porque, em regra, a atuação dos órgãos judicantes ordinários deve delimitar-se a apreciar se foram observados, ou não, os princípios ancilares da Justiça Desportiva e o postulado do devido processo legal. Frise-se que, para esta corrente, as decisões da Justiça Desportiva qualificam-se como atos administrativos, ficando a atribuição do Judiciário

adstrita à aferição da legalidade/legitimidade do ato, daí porque analisar o mérito administrativo refoge à sua competência.

Insta sinalar, nesse passo, que os §§ 1.º e 2.º do art. 217 da Lei Maior não têm o condão de excluir ou interditar o conhecimento de matéria desportiva pela via jurisdicional, o que seria manifestamente inconstitucional, até porque a imposição de uma sanção derivada da infração de uma regra do jogo pode resultar numa lesão econômica ou moral para um atleta, dirigente ou entidade desportiva. E exatamente pela possibilidade de afetar direitos e interesses que transcendem a esfera da Justiça Desportiva, torna-se imperioso propiciar o ingresso de tais questões no âmbito do Poder Judiciário, desde que exauridas as instâncias próprias do ordenamento jurídico-desportivo que terão prazo máximo de 60 dias, contados da instauração do processo desportivo, para proferir decisão final, o que, sem dúvida, implicará mais celeridade, menos custo e efetividade das decisões nos feitos de competência da Justiça Desportiva, única habilitada a conjumar a solução das lides desportivas com a dinâmica do desporto, pois as postulações jusdesportivas demandam soluções rápidas e ajustadas à velocidade exigida no *mundus* desportivo. Os citados parágrafos do art. 217 evidentemente não acabam, mas limitam e restringem a interferência do Poder Judiciário nos desportos, mas sem aniquilar a garantia constitucional que assegura os acessos das pessoas físicas e jurídicas à Justiça comum para defesa dos seus direitos. Com esse entendimento, permite-se uma convivência harmoniosa entre o art. 5.º, XXXV e 217, §§ 1.º e 2.º, da CF, onde a regra geral é a do esgotamento da instância desportiva, porém com possibilidade de apreciação do assunto pelas vias ordinárias, caso tenha havido vício capaz de produzir lesão ou configurar ameaça de lesão que podem decorrer, por exemplo: da inobservância dos prazos constitucionais, da supressão de instância desportiva, da composição de órgão judicante desportivo em dissintonia com a legislação desportiva.

De toda sorte, este recurso ao Poder Judiciário não pode, na concepção de muitos autores, viabilizar uma (re)discussão do conteúdo ou do mérito desportivo envolvendo os campos da disciplina e competição desportivas, após decisão da Justiça Desportiva, cujos membros estão melhor preparados para conhecer e apreciar as demandas desportivas sujeitas a normas tão distintas e peculiares.

Cabe registrar ainda que, na Itália, o “vincolo de giustizia sportiva” refere-se à exigência de resolver os litígios desportivos (matérias disciplinares e técnico-desportivas que estejam na seara dos direitos disponíveis) nas esferas internas das Federações, com exclusão da apreciação pela jurisdição estatal. Vale dizer, este “vínculo de justiça” constitui-se numa verdadeira barreira entre os ordenamentos desportivo e estatal, de modo a evitar uma frequente intromissão do Estado nas controvérsias de natureza desportiva. Por isso, comprometem-se a submeter-se às decisões da justiça desportiva e, somente em situações excepcionais, é que podem recorrer à justiça estatal, daí

porque, algumas controvérsias decididas pela Justiça Desportiva podem ter relevância para ulterior apreciação pela Justiça Comum. E essa possibilidade exsurgirá na medida em que entrem em jogo situações jurídicas subjetivas que possam importar em lesão de interesses não só desportivos, mas também jurídicos ou econômicos de seus destinatários, a par da exigível obediência ao direito de tutela jurisdicional e ao princípio da impugnabilidade dos atos, sejam estatais, quase estatais ou privados, desde que hajam esgotado as diferentes instâncias da Justiça Desportiva.

Na Espanha o regime disciplinar desportivo não se esgota no âmbito interno das federações, nem se justifica unicamente em garantir a ordem estatutária de tais entes desportivos, transcendendo a este âmbito quando afetar o interesse público ou a ordem jurídica geral.

Já a Lex portuguesa (Lei 5/2007) delimitou o “monopólio” da Justiça Desportiva às chamadas “questões estritamente desportivas”, construindo um “núcleo de questões inapeláveis judicialmente” ou “célula irredutível do jogo”, ou seja, não são susceptíveis de recurso fora das instâncias competentes na ordem desportiva as decisões sobre questões estritamente desportivas, assim entendidas as que tenham por fundamento normas de natureza técnica ou de caráter disciplinar, enquanto questões emergentes da aplicação das leis do jogo, dos regulamentos e das regras de organização das respectivas competições. Destaque-se, ainda, que as decisões e deliberações disciplinares relativas a infrações à ética desportiva, no âmbito da violência, da dopagem, da corrupção, do racismo e da xenofobia não são matérias estritamente desportivas.

Aduza-se que tais “questões estritamente desportivas” têm lastro em duas ordens de razões: por um lado, a especificidade das regras técnicas do jogo e a possível impreparação ou insensibilidade dos tribunais para a sua adequada compreensão; por outro, as exigências de celeridade decisória no âmbito das competições desportivas e o receio de falta de capacidade de resposta a estas exigências por parte do Poder Judiciário português. Nada obstante, acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 18.04.1991, já reconheceu que certos conflitos puramente desportivos não têm, por certo, vocação para encontrar uma solução judicial. No entanto, há que ter presente a necessidade de assegurar aos agentes desportivos aquele mínimo de proteção a que qualquer cidadão tem direito de impugnar na jurisdição ordinária. E, na mesma decisão, reconhece que há ocorrências de caráter desportivo que, pela sua própria natureza, escapam à tutela da ordem jurídica, como que se desenvolvendo à margem do direito. Realça, ainda, que aqui se incluem as “questões desportivas” que se levantam em certas faixas de comportamentos e situações que se mantêm alheias de toda intervenção estatal (por exemplo, “leis de jogo”, regulamentos e organizações de provas).

§ 3.º *O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.*

Este § 3.º do art. 217 da CF agrega e incentiva o lazer na esfera desportiva, como forma de promoção social, ou seja, reconhece a transcendência da prática

desportiva como entretenimento, descontração, diversão e participação social. Em outras palavras, desbordando das estruturas clássicas de desporto-competição e de desporto-educação, o lazer desportivo deve disseminar os valores da solidariedade e da participação utilizando as atividades e práticas desportivas como processo de interação e de inclusão social. E isso ocorre ao tempo em que surgem novas partes interessadas (participantes fora das modalidades organizadas e de clubes desportivos etc.), ficando o Poder Público com o encargo constitucional de utilizar o desporto-lazer como forma ou instrumento de promoção social, dando concretude ao papel do desporto na sua missão e papel sociais.

Empós todas estas colocações, percebe-se que a constitucionalização do desporto, há 25 anos, tornou o art. 217 o núcleo duro e essencial, em sede de matéria jusdesportiva, como postulado do “limite dos limites” da *lex sportiva*, buscando tornar o modelo jusdesportivo brasileiro mais republicano e menos monárquico.

4. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS RELACIONADOS

Cabe registrar que na alínea *a* do inc. XXVII do art. 5.º da CF estão fincados os pilares assecuratórios nas “atividades desportivas” do *direito de arena* (“participações individuais em obras coletivas”) e do *direito de imagem* (“reprodução da imagem e voz humanas”), dois temas umbilicalmente jungidos à matéria desportiva.

A Lei 9.615/1998 – que já foi objeto de seis significativas e radicais mutações legislativas – remanescendo poucos ditames de sua original aprovação, corporifica as normas gerais sobre o desporto, estando regulamentada pelo Dec. 7.984/2013. É importante destacar, ainda, outros relevantes diplomas legais jusdesportivos, como o Estatuto de Defesa do Torcedor (Lei 10.671/2003), a Lei de Incentivos Fiscais para o Desporto (Lei 11.438/2006) e a Timemania (Lei 11.345/2006) que guardam correlação como o art. 217 da CF e são, atualmente, as principais leis que integram o arcabouço jusdesportivo do Brasil.

5. TENTATIVAS LEGISLATIVAS DE ALTERAÇÕES DO ART. 217

Nestes 25 anos tivemos, no total, 87 alterações da Constituição Federal, sendo seis ementas fruto da Revisão Constitucional de 1993, e mais, 81 emendas constitucionais. Porém, nenhuma delas alterou o art. 217. Mas não faltaram Propostas de Emenda Constitucional – PEC, algumas já arquivadas, outras em tramitação, ora para acrescentar parágrafos ao art. 217, ora para desconstruí-los, desfigurá-los ou mutilá-los, no todo ou em parte, não raro fazendo uso de sectarismos e malícias.

Foram oito as PEC apresentadas nestes cinco lustros de vigência da Constituição Federal propondo alterações no seu art. 217, algumas delas já arquivadas, outras ainda em tramitação. Eis, em ordem cronológica, as PEC incidentes sobre o art. 217, com suas ementas:

Câmara Federal:

PEC 175/2007 – Acrescenta parágrafos ao art. 217 da CF para destinação de recursos ao esporte;

PEC 191/2007 – Acrescenta o art. 217-A à Constituição Federal para assegurar recursos mínimos de 1% anualmente, na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios para promoção do esporte;

PEC 417/2009 – Altera os arts. 34, 35, 167 e acrescenta o § 4.º ao art. 217 da CF, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos do esporte.

Senado Federal:

PEC 42/2000 – Dá nova redação ao art. 217 da CF, para vedar a recondução dos dirigentes de entidades de administração do esporte por mais de um período consecutivo.

PEC 08/2005 – Dá nova redação ao art. 217 da CF, para vedar a recondução dos dirigentes de entidades de administração do esporte por mais de um período consecutivo;

PEC 10/2007 – Acresce parágrafo ao art. 217 definindo a destinação e a redistribuição dos recursos financeiros de origem pública que são administrados por entidade de prática desportiva, incluindo os repassados à CBF;

PEC 12/2012 – Dá nova redação ao inc. I do art. 217 da CF, para limitar a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações de acordo com os interesses da sociedade;

PEC 202/2012 – Acrescenta o § 4.º ao art. 217 da CF, para determinar a organização da administração desportiva no país, na forma da lei, segundo os princípios da democracia, da participação da sociedade, da transparência, da moralidade, do humanismo, da justiça e da popularização desportiva.

Extraí-se desse repasse histórico de PECs exurgidas nestes 25 anos, em derredor do art. 217, que, de algum modo expresso ou implícito, albergam proposições de fórmulas aventureiras que, ou caem nas paixões e interesses que distorcem, ou

entram na correnteza das ilusões e ambições efêmeras. Encarta-se aqui a profética advertência de Aníbal Pellon, em acórdão lavrado no Tribunal de Justiça da então Federação Carioca de Futebol, quando averbou: “O que está vigorando entre nós, como se vê, apesar de todas as franquias democráticas, alçadas a mandamentos constitucionais, é a estatização do desporto, só admissível nos países totalitários. É uma estatização velada, sub-reptícia, de certo modo imperceptível, mas tremendamente atuante, que age como um polvo, a estender os tentáculos restritivos da liberdade de associação, pois interfere até na economia doméstica das associações menores, tirando-lhes autonomia”.

Em outras palavras, muitas destas PECs elencadas congregam em face do desporto, ora pretensões econômicas, ora conveniências políticas. E, em todas estas hipóteses, imerecem obter a constitucionalização, até porque não conseguem dissimular a velada tentativa de fazer ressurgir a ação tuteladora do Estado em matéria de desporto, o que, na prática, importa em ensaio engendrado para revogar a *carta de alforria desportiva, as garantias e/ou as especificidades* insculpidas no art. 217.

6. JURISPRUDÊNCIA (STF)

O STF já teve oportunidade de referir ao art. 217, I, na ADIn 2.937, Plenário, j. 23.02.2012, em voto do rel. Min. Cezar Peluso, DJE 29.05.2012, que assim argumenta: “Penso se deva conceber o esporte como direito individual, não se me afigurando viável interpretar o *caput* do art. 217 – que consagra o direito de cada um ao esporte – à margem e com abstração do inc. I, onde consta a autonomia das entidades desportivas. Ora, na medida em que se define e compreende como objeto de direito do cidadão, o esporte emerge aí, com nitidez, na condição de bem jurídico tutelado pelo ordenamento, em relação ao qual a autonomia das entidades é mero instrumento de concretização, que, como tal, se assujeita àquele primado normativo. A previsão do direito ao esporte é preceito fundador, em vista de cuja realização histórica se justifica a autonomia das entidades dirigentes e associações, quanto à sua organização e funcionamento. Logo, é imprescindível ter-se em conta, na análise das cláusulas impugnadas, a legitimidade da imposição de limitações a essa autonomia desportiva, não, como sustenta o requerente, em razão de submissão dela à ‘legislação infraconstitucional’ (...), mas como exigência do prestígio e da garantia do direito ao desporto, constitucionalmente reconhecido (art. 217, *caput*)”.

Ainda na mesma assentada, o STF enfrentou o tema referente ao “tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não profissional” imposto pelo art. 217, III, do Texto Maior, e averba que “o *discrímen* na regulação, portanto, é mais que legítimo, já que encontra amparo no texto mesmo da CR, sem que as normas

voltadas ao só campo profissional deixem de estar, nesse âmbito de incidência, revestidas de generalidade” (ADIn 2.937, Plenário, j. 23.02.2012, voto do rel. Min. Cezar Peluso, DJE 29.05.2012).

Em julgamento inconcluso em face da perda do objeto do processo, o STF apreciou os limites da autonomia desportiva e o alcance da liberdade de associação dos entes desportivos:

“Ação direta de inconstitucionalidade – Novo Código Civil (2002), art. 59 – A questão da autonomia dos entes de direito privado, inclusive das entidades desportivas, e o poder de regulação normativa do Estado – O postulado constitucional da liberdade de associação – A evolução dessa liberdade de ação coletiva no constitucionalismo brasileiro – As múltiplas dimensões da liberdade de associação – Modificação superveniente, de caráter substancial, introduzida no texto da norma estatal impugnada – Hipótese de prejudicialidade – Extinção anômala do processo de fiscalização normativa abstrata – Precedentes do STF – Ação direta julgada prejudicada” (ADIn 3.045, Plenário, rel. Min. Celso de Mello, voto do Min. Relator em julgamento (inconcluso em 10.08.2005, DJ 01.06.2007.)

De outra feita, o candente tema da natureza jurídica da Justiça Desportiva foi objeto a apreciação pelo STF em alguns acórdãos. Destaca-se no MS 25.938/DF parte do voto do Min. Carlos Ayres de Britto ao assinalar que: “É certo que a Justiça Desportiva recebeu da Constituição tratamento para além do conferido ao processo simplesmente administrativo. Há um contencioso na Justiça Desportiva, prevista na Constituição, temperado por ela mesma Constituição, na medida em que só permite o acesso às vias jurisdicionais com o exaurimento das instâncias desse outro”.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, a Min. Carmén Lúcia, relatora do processo, enfatiza com todas as letras que “norma constitucional põe, impõe e dispõe sobre a sua atuação, a qual vincula órgãos e entes estatais, incluindo o próprio Judiciário, que somente pode conhecer das matérias controvertidas submetidas à sua apreciação em condição de subsidiariedade”. E arremata, na conclusão de seu voto vencedor, que “a Justiça Desportiva desempenha função *quase estatal*, ou, no jargão mais contemporâneo, público não estatal, distinguindo-se ela da perfeita natureza de atividade privada, mas também não se confundindo com atuação estatal”.

Ainda no aludido processo julgado pelo STF (MS 25.983/DF), a ministra relatora espanca dúvidas ao realçar que “nos termos do art. 217, §§ 1.º e 2.º, da CF, o Poder Judiciário poderá conhecer, ainda que subsidiária e sucessivamente ao exercício das funções da Justiça Desportiva, de controvérsias postas à decisão desta”.

Em outro julgamento no pleno do STF (RE/RG 568.657-4/MS) em derredor dos limites de atuação da Justiça Desportiva, o Min. Marco Aurélio destacou que “a rele-

vância da matéria decorre do fato de haver o envolvimento de princípio constitucional da maior envergadura – o do acesso ao Judiciário. A Carta da República, de início, restringe as situações em que necessário acionar-se antes a esfera administrativa – a negociação para o ajuizamento do dissídio coletivo e o esgotamento das instâncias da Justiça Desportiva quando se tratar de disciplina e competição desportivas”.

Na mesma toada, assinala o STF em outro decisório: “O próprio legislador constituinte de 1988 limitou a condição de ter-se o exaurimento da fase administrativa, para chegar-se à formalização de pleito no Judiciário. Fê-lo no tocante ao desporto, (...) no § 1.º do art. 217 (...). Vale dizer que, sob o ângulo constitucional, o livre acesso ao Judiciário sofre uma mitigação e, aí, consubstanciando o preceito respectivo exceção, cabe tão só o empréstimo de interpretação estrita. Destarte, a necessidade de esgotamento da fase administrativa está jungida ao desporto e, mesmo assim, tratando-se de controvérsia a envolver disciplina e competições, sendo que a chamada justiça desportiva há de atuar dentro do prazo máximo de sessenta dias, contados da formalização do processo, proferindo, então, decisão final (§ 2.º do art. 217 da CF)” (ADIn 2.139/MC e ADIn 2.160/MC, Plenário, j. 13.05.2009, voto do rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, DJE 23.10.2009.)

E não é diversa nem discrepante a posição do Min. Gilmar Mendes, ao acentuar, em trabalho doutrinário sobre Justiça Comum x Justiça Desportiva, que o art. 217, § 1.º, “não exclui a apreciação do Poder Judiciário, mas somente sinaliza, como condição de admissibilidade da intervenção do Judiciário, o esgotamento das instâncias da justiça desportiva, desde que isso ocorra dentro de um prazo razoável de 60 dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão (art. 217, § 2.º) (...)” (*Curso de direito desportivo*. São Paulo: Ícone, 2003. p. 128 e ss.). Interessante destacar que o mesmo Min. Gilmar Mendes, ao tratar de desarrazoadas decisões da justiça desportiva e do possível recurso à via judiciária comum, noticia:

“A ordem jurídica francesa optou, inicialmente, nos anos 70, por esse modelo de delegação para entidades desportivas e, depois, começou a impugnar, discutindo se essa cláusula de reenvio seria correta, ou não. A própria ordem jurídica inglesa, às vezes, pondera que os rigores da Fifa são inaceitáveis.

(...)

Na Alemanha, reconheceu-se a validade da decisão tomada, exceto quando se concluía pela desproporcionalidade, como por exemplo, quando a pena aplicada era a de eliminação. Isso importava na restrição da liberdade do exercício profissional do atleta, mas invocou-se que haveria também a violação de um princípio de ordem pública” (op. cit. p. 129-130).

E não passou *in albis* no STF a apreciação do direito ao lazer aludido no art. 217, § 3.º:

“Lei 7.844/1992, do Estado de São Paulo. Meia entrada assegurada aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino. Ingresso em casas de diversão, esporte, cultura e lazer. (...) A livre-iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da ‘iniciativa do Estado’; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre-iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, V, 205, 208, 215 e 217, § 3.º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes” (ADIn 1.950, Plenário, j. 3.11.2005, rel. Min. Eros Grau, DJ 02.06.2006).

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERMEJO VERA, José. *Constitución y deporte*. Madri: Tecnos, 1998.
- CARRETERO LESTÓN, J. L. (coord.): *La Constitución y el deporte – X Jornadas Unisport sobre Derecho Deportivo*. Málaga: Unisport, 1993.
- GIUMMARRA, Sandrine. *Les Droits Fondamentaux & Le Sport – Contribution à l'étude de la constitutionnalisation du droit du sport*. Marseille: Puam, 2012.
- MELO FILHO, Álvaro, *O desporto na ordem jurídico-constitucional brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. *Nova Lei Pelé – Avanços e impactos*. Rio de Janeiro: Maquinária Editora, 2011.
- MESTRE, Alexandre. *O desporto na constituição europeia*. Coimbra: Almedina, 2004.
- PARENTE FILHO, Marcos; MELO FILHO, Álvaro; GOMES TUBINO, Manoel. *Esporte, educação física e constituição*. São Paulo: Ibrasa, 1989.
- TUBINO, Manoel Gomes. *500 anos de legislação esportiva brasileira*. Rio de Janeiro: Ed. Shape, 2002.
- VIANA, Eduardo Augusto. *O poder, a sociedade e o Estado – O poder no desporto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Autonomia das associações desportivas sob a visão dos tribunais TJSP decide pela preservação da autonomia das associações desportivas prevista no art. 217, i, da CF/1988, a corroborar o tratamento especial frente ao regime das associações civis reguladas pelo Código Civil, de Carlos Miguel Castex Aidar, Daniel Penteado de Castro e Gustavo Normanton Delbin – *RBDD* 20/367 (DTR\2011\5353);
- Justiça desportiva brasileira: natureza, relação com o poder judiciário e os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, de Rafael Teixeira Ramos – *RBDD* 13/27 (DTR\2011\2269); e
- Os princípios constitucionais desportivos, de Rafael Teixeira Ramos – *RBDD* 17/61 (DTR\2010\932).

A EXIGÊNCIA LEGAL DO SEGURO DE VIDA PARA O JOGADOR DE FUTEBOL

AMANDA LIMA MENEZES

Especialista em Direito Desportivo pela Escola Superior de Advocacia da OAB/SP.
Presidente da Comissão de Direito Desportivo da Subseção de Guarulhos da OAB/SP.
Membro da Comissão de Direito Desportivo da Seccional São Paulo da OAB/SP.
Membro da Comissão de Direito Desportivo da Subseção de Osasco da OAB/SP.
Procuradora do STJD da Confederação Brasileira de Atletismo (CBAt).

GUSTAVO LOPES PIRES DE SOUZA

Doutorando em Activitat Física i Esport pela Universitat de Lleida. Mestre em Derecho Deportivo pelo INEFC – Institut Nacional d'Educación Física de Catalunya/Universitat de Lleida (Espanha). Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pela UNIPAC. Coordenador Regional (MG) do curso de Pós-graduação em Direito Desportivo da UNIFIA. Professor de Direito Desportivo. Professor de curso preparatório para concursos públicos (Mega Concursos). Professor da Faculdade de Direito de Contagem. Associado e Membro do Conselho Consultivo do Instituto Mineiro de Direito Desportivo (IMDD). Associado e Diretor Regional (MG) do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo (IBDD). Membro do Conselho Editorial da Revista Síntese de Direito Desportivo. Membro do Conselho de Apoio e Pesquisa Revista Brasileira de Direito Desportivo (RBDD/RT). Auditor do STJD da Confederação Brasileira de Atletismo (CBAt). Procurador do TJD da FF7MG. Colunista dos sites Universidade do Futebol e Última Instância (UOL).

ÁREA DO DIREITO: Desportivo

RESUMO: O seguro de vida do atleta profissional de futebol é o foco deste estudo, considerando a importância e relevância desta garantia, que, apesar de presente no contrato especial de trabalho desportivo e exigida no art. 45 da Lei 9.615/1998, a Lei Pelé, não é praticada pelas entidades esportivas, por diversos fatores.

PALAVRAS-CHAVE: Seguro de vida de atletas – Seguro de vida de jogadores de futebol – Art. 45 da Lei Pelé.

ABSTRACT: The Life Insurance of Professional Sport Football is the focus of this study, considering the importance and relevance of this warranty, which, although present in the special contract work sports, and required by Article 45 of Law No. 9615 of 1998 Pelé Law is not practiced by the sports authorities, by various factors.

KEYWORDS: Life insurance of athletes – Life insurance of footballers – Article 45 of Law Pele

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Breve histórico da carreira do atleta de futebol profissional brasileiro – 3. O seguro de vida do jogador de futebol brasileiro – 4. Previsão no contrato especial de trabalho desportivo – 5. O direito comparado – 6. Conclusão – 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Profissão sonhada de dez entre cada dez crianças, o atleta de futebol possui um período de vida útil bastante reduzido.

Ademais, a falta de cuidado e atenção dos próprios interessados em mecanismos de proteção previstos em lei que existem à disposição, sem que haja a efetiva utilização, aumenta consideravelmente a incidência de prejuízos.

O seguro de vida é um destes mecanismos, e acaba sendo lembrado somente quando se faz iminentemente necessário, oportunidade em que os atletas percebem que, embora obrigatório, não é praticado, entretanto, tarde demais.

Na lição do professor Álvaro Melo Filho (2011), o seguro desportivo “tem o *animus* de cobrir os atletas profissionais, notadamente os de alto rendimento, contra o risco do óbito ou incapacidade desportiva, parcial ou total, temporária ou permanente, resultante de um acidente ou de uma agressão provocada pela rivalidade desportiva competitiva, posto que as disputas desportivas exigem dos atletas empenho, dedicação e esforço e, conseqüentemente, o risco próprio e inerente à atividade desportiva”.

Para melhor esclarecimento acerca do tema, inicia-se o estudo fazendo um breve histórico da carreira do jogador de futebol profissional desde que chegou ao Brasil, passando pela importância deste mecanismo dentro da profissão, as alterações que estão em fase de aprovação, a análise e comparativos com legislação e doutrina de outras localidades, trazendo assim opções para se efetivar o cumprimento da garantia.

Dessa forma, esse estudo tem como objetivo compreender, e a partir da análise de todos os pressupostos, trazer soluções e alternativas imediatas para a garantia desse direito tão importante, que esta sendo ab-rogado por falta de lhe ser dada a devida importância.

2. BREVE HISTÓRICO DA CARREIRA DO ATLETA DE FUTEBOL PROFISSIONAL BRASILEIRO

Não existem registros contundentes quanto da chegada do futebol ao Brasil. A informação a que se tem conhecimento, dá conta que o futebol foi trazido por marinheiros ingleses, que foram vistos jogando bola em um cais do porto do Rio de Janeiro, em 1872.

Não obstante isso, a versão oficial é de que foi o estudante inglês Charles Muller, que era filho de um cônsul britânico residente em São Paulo, quem trouxe a novidade para o Brasil (Costa, 2001).

Independente da determinação história que marcou o início do futebol no Brasil, o futebol não foi visto como uma atividade profissional desde a sua chegada, sendo por um longo período tido como uma atividade praticada pela elite desenvolvida na virada do século XIX, nos centros urbanos.

O intuito da prática era reunir, através de uma atividade lúdica, da alta sociedade representada pela burguesia nascente nas cidades, sendo certo que, posteriormente, houve a introdução da prática pelas instituições de ensino, em seus currículos acadêmicos (Toledo, 2000).

As primeiras partidas realizadas no Brasil ocorreram entre os sócios do “São Paulo Athletic Club”, em São Paulo, no ano de 1895, incorporando a modalidade nas atividades recreativas.

Ampliando a organização e a dimensão da atividade, fundou-se a “Liga Paulista de Futebol” em 1902, e em 1914, a “Liga Carioca de Futebol”, quando então se passou a existir a organização de competições (Araújo, 2009).

Até a década de 30, a prática deste esporte ainda era vista como forma de divertimento e prazer, com um fim em si mesmo, ainda possuindo um caráter amador.

Assim, somente a partir da década de 30 houve o início da profissionalização da atividade, época em que foram realizadas as primeiras copas do mundo, passando por uma estruturação profissional, de modo a marcar um processo pelo qual a competição tornou-se mais importante do que a ênfase na dimensão lúdica de sua prática (Huizinga, 2001).

Durante o século XX, o futebol passou por profundas transformações, tanto no que diz respeito à sua estruturação e organização, quanto à sua prática, que sempre tende a ser aprimorada, e assim, por ter sido incorporado como um ícone cultural de identidade do brasileiro, tornou-se um grande instrumento de união e igualdade dentre pessoas de todas as classes e níveis sociais.

As principais características da profissionalização dos atletas de futebol são:

– Remuneração: Devido à supervalorização que muitas vezes ocorre com relação a determinados atletas, não se pode definir uma base de cálculo, uma vez que existem diversos altos e baixos ao longo de toda a vida útil profissional.

– Migração: Comumente este é o destino dos atletas que ganham grande projeção na mídia, atraídos pela oportunidade sempre crescente de obter ganhos cada vez maiores, quando no auge.

– Origem: a grande maioria provém de camadas humildes da população, possuem pouco estudo e não costumam se atentar para o planejamento do futuro, tendo em vista o curto período de vida profissional útil inerente à profissão.

– Duração da carreira: A média é de, início aos 16 anos e encerramento aos 34 anos. Raríssimas exceções continuam atuando no mundo do futebol, seguindo outros rumos, como técnicos, assistentes, comentaristas e locutor de rádio e TV. Outros tantos alimentam, até mesmo em paralelo à prática esportiva, o ramo dos empreendimentos em geral, como empresários, contudo, com poucos casos de sucesso, quando bem assistidos e orientados, como é o caso de Ronaldo, o “Fenômeno”.

Na história da humanidade, nunca houve tantos tipos de profissão, por consequência dos diversos serviços surgidos, novas convenções universais de liberdade, a prática da informação, o advento do vínculo empregatício não obrigatório, e fatores econômicos eficazes. Por assim dizer, estamos em uma sociedade de serviços, evidentemente para quem possui habilidades e desenvolve com sabedoria algum tipo de serviço.

São os mais variados, os motivos pelos quais a profissão de jogador de futebol é tão cobiçada pelos jovens, especialmente do sexo masculino, e os que ganham maior destaque são: a conquista do corpo ideal (perfeito), sucesso e projeção pública, popularidade entre pessoas do sexo oposto, a situação financeira abastada, que proporciona luxos muitas vezes exagerados, dentre outros. Estes são os principais elementos sedutores.

A dedicação e a renúncia, às quais o atleta tem que estar disposto a enfrentar é o que pouco se vislumbra, uma vez que em algumas oportunidades o profissional tem que ficar disponível 24 horas por dia, finais de semana e até meses se ausentando das relações familiares, se dedicando exclusivamente ao trabalho.

E alimentada a ilusão dos altos salários e o *glamour* inerente à carreira, os jovens pouco se importam com os estudos, direcionando toda a sua atenção a treinos e tudo que envolve a prática da atividade desejada, com o único objetivo de se tornarem ídolos, porém muito mais pelos altos ganhos do que pelo amor ao esporte, produzindo assim, atletas preocupados com os ganhos imediatos, o luxo e o *status* momentâneos que a obtenção deste objetivo lhes trará, contudo, sem um planejamento futuro.

Causa também grande preocupação, as repercussões que estas características comportamentais refletem no futuro, uma vez que, somando-se à falta de base educacional, a escassez de tempo para o atleta em cuidar dos detalhes que fomentam suas relações de trabalho, aliados à falta de orientação quanto a seus direitos e garantias, acabam por produzir ex-jogadores abandonados à própria sorte, e muitas das vezes, ainda durante sua atividade profissional, quando se deparam com situações em que se faz necessária a utilização de mecanismos que lhes são garantidos por lei, momento em que se dão conta da impossibilidade.

Na profissão de atleta de futebol profissional, o desgaste físico é o limitador determinante para sua vida útil, onde o uso do corpo da forma como se dá, o que

é inerente à profissão, pode causar a interrupção da carreira, temporariamente ou até mesmo de forma definitiva.

Um mecanismo que está à disposição do atleta, pouco valorizado, embora de suma importância, visto que se trata de uma proteção, tanto para o atleta e seus familiares quanto para as entidades esportivas, e que no momento em que se faz necessário ganha proporções extremas, é o seguro de vida obrigatório do atleta, que está previsto no art. 45 da Lei 9.615/1998, cuja nova redação, dada pela Lei 12.395/2011, instituiu a exigência do seguro de vida, em caráter obrigatório:

“Art. 45. As entidades de prática desportiva são obrigadas a contratar seguro de vida e de acidentes pessoais, vinculado à atividade desportiva, para os atletas profissionais, com o objetivo de cobrir os riscos a que eles estão sujeitos. (Redação dada pela Lei n. 12.395/2011).

§ 1.º A importância segurada deve garantir ao atleta profissional, ou ao beneficiário por ele indicado no contrato de seguro, o direito à indenização mínima correspondente ao valor anual da remuneração pactuada. (Incluído pela Lei n. 12.395/2011).

§ 2.º A entidade de prática desportiva é responsável pelas despesas médico-hospitalares e de medicamentos necessários ao restabelecimento do atleta enquanto a seguradora não fizer o pagamento da indenização a que se refere o § 1.º deste artigo (Incluído pela Lei n. 12.395/2011)”.

3. O SEGURO DE VIDA DO JOGADOR DE FUTEBOL BRASILEIRO

A obrigação em contratar o seguro de vida foi inserida na Lei Pelé (9.615/1998), através da nova redação dada ao art. 45, conferida pela Lei 12.395/2011, sendo certo que até então, não havia qualquer previsão neste sentido.

De antemão, existia a obrigação na contratação apenas do seguro de acidentes de trabalho, introduzida pela Lei 9.981/2000.

Entretanto já existiram casos, até mesmo anteriores à previsão legal, em que houve a adesão do seguro de vida, por força de cláusula contratual, como é o caso do ex-jogador Dener Augusto de Souza, falecido em 1994, cujo caso tramita até os dias atuais.

Álvaro de Melo Filho,¹ explica que o seguro desportivo “tem o *animus* de cobrir os atletas profissionais, notadamente os de alto rendimento, contra o risco do óbito ou incapacidade desportiva, parcial ou total, temporária ou permanente,

1. MELLO FILHO, A. *Nova Lei Pelé - Avanços e Impactos*. 1. ed. São Paulo: Maquinária, 2011

resultante de um acidente ou de uma agressão provocada pela rivalidade desportiva competitiva, posto que as disputas desportivas exigem dos atletas empenho, dedicação e esforço e, conseqüentemente, o risco próprio e inerente à atividade desportiva”.

Tal dispositivo foi instituído, com a clara intenção de resguardar o direito do atleta, uma vez que a atividade exercida impõe risco de vida iminente, o desgaste físico é certo, e o surgimento de patologias resultantes da atividade é totalmente viável e até mesmo, comum de ocorrer.

Porém, numa análise atenta, percebe-se que, apesar de ser de a contratação do seguro possuir caráter obrigatório, não há o estabelecimento de sanção para o caso de descumprimento, o que acaba por tornar o dispositivo legal ineficaz, uma vez que estamos na terra onde, como bem parafraseou Álvaro de Melo Filho, “norma sem sanção é mera sugestão”.

Diante do imperativo legal, o mínimo que se poderia determinar é a condenação do clube ao pagamento de indenização revertida aos beneficiários do atleta, para o caso da necessidade de se utilizar o seguro, e, caso não houvesse, em benefício do próprio atleta.

E com a omissão da lei neste sentido, a jurisprudência dominante tem entendido que, não terá direito à indenização caso não haja nenhum dano ao atleta, mantendo as entidades esportivas garantidas na impunidade do descumprimento da determinação legal.

O risco da atividade em si justifica plenamente a adoção de multas e sanções severas, quando da não contratação do seguro, pois não são raros os casos de morte de jogadores em campo, como aconteceu com Serginho, jogador do São Caetano, e em um caso mais atual, o jogador italiano Piermario Morosini, que aos 25 anos faleceu após uma parada cardiorrespiratória em pleno exercício da atividade esportiva.

No que concerne a responsabilidade civil, caberia sim a responsabilização em virtude do ato ilícito praticado.

Conforme ensinamento de Pablo Stolze Gagliano e de Rodolfo Pamplona Filho “na responsabilidade civil, o agente que cometeu o ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o *status quo ante*, obrigação esta que, se não for mais possível é convertida no pagamento de uma indenização”.²

Contudo, o que se tem na prática, é o entendimento de que para a caracterização da responsabilidade civil, é determinante a ocorrência do dano, muito embora

2. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral – vol. 1 - 1. ed. 2014.*

existam decisões em ambos os sentidos, demonstrando que tal questão depende do entendimento do magistrado que fará o julgamento, e do caso específico.

Destarte, o dispositivo legal é extremamente importante e corresponde a uma grande conquista em prol dos atletas, embora muitos deles sequer saibam que tem à disposição esse benefício, e os que tem conhecimento, não exigem sua efetivação.

Uma série de fatores, das mais diversas razões, contribuem para a não efetivação do cumprimento dessa exigência legal.

O principal deles é a falta de atenção do próprio atleta com mecanismos que lhe serviriam como garantia, para o caso de seu falecimento, em benefício de seus beneficiários. Voltamos à questão da falta de planejamento e imediatismo, muito comum aos profissionais dessa área de atuação.

Um segundo fator relevante, é a inobservância do sindicato de classe correspondente, uma vez que as principais funções desta organização é defender os direitos dos seus afiliados, bem como representá-los perante às entidades e demais órgãos atinentes. Sendo assim, é função do sindicato exigir junto às entidades esportivas o cumprimento dessa obrigação, mesmo que sem sanção prevista.

Um outro fator muito importante, mas que, não pode ser equiparado aos supracitados, é a ausência de seguradoras que pratiquem esse tipo de seguro, ou seja, que firmem esse tipo de apólice. Entretanto, não podemos obstar que a procura naturalmente faria com que surgissem seguradoras interessadas em realizar esse tipo de serviço, até porque, muito embora tratar-se-ia de contratações vultuosas, como muito possivelmente na maior parte dos casos, não houvesse a necessidade de acionar o referido seguro, as empresas não teriam qualquer prejuízo, muito pelo contrário, lucrariam vistosamente.

E as entidades esportivas, que por sua vez também acabam tendo prejuízos com essa realidade, visto que acabam sendo acionadas judicialmente pelos beneficiários do atleta, em casos de falecimento, e acabam tendo que arcar com a condenação, provavelmente no valor em que deveria ser a apólice. Na realidade, eles jogam com a sorte, uma vez que, embora existam casos de morte em campo, ainda são uma minoria, e uma coisa acaba por compensar a outra, levando-se em conta o número de jogadores que compõem a equipe de um time, sendo certo que deveria haver a contratação para cada atleta.

A possibilidade para que se faça valer o exercício desta determinação, é mesmo alterando o dispositivo legal, para que haja uma sanção severa.

O projeto de lei em tramitação, proposto pelo ex-presidente do Cruzeiro e Senador Zezé Perrella (PDT – MG) propõe exatamente esta alteração.

A medida que poderia ser adotada de imediato, é a adoção de cláusula penal no contrato firmado entre a entidade de prática esportiva e o atleta, prevendo punição para o caso do não cumprimento da referida determinação.

4. PREVISÃO NO CONTRATO ESPECIAL DE TRABALHO DESPORTIVO

Segundo lição do grande Domingos Sávio Zainaghi, “O contrato de trabalho desportivo é aquele avençado entre atleta (empregado) e entidade de prática desportiva (empregador), através de um pacto formal, no qual resta claro o caráter de subordinação do primeiro em relação a este último, mediante remuneração e trabalho prestado de maneira não eventual. Deve-se entender por formal como sendo o contrato de natureza escrita”.

Ou seja, é aquele pelo qual o praticante desportivo se obriga, mediante retribuição, a prestar atividade desportiva a uma pessoa singular ou coletiva que promova ou participe de atividades desportivas, sob a autoridade e a direção dessa.

O contrato utilizado nesse tipo de atividade possui um formato diferenciado, segue um modelo padrão para todos os casos, é alimentado por dados das partes envolvidas, atleta e clube, e traz algumas peculiaridades inerentes à atividade desenvolvida, com cláusulas específicas.

Nesse contrato, no local destinado às cláusulas, mais especificamente na cláusula terceira, que delimita as *obrigações* do Clube, na alínea e, existe a previsão acerca da contratação do seguro de vida. Segue trecho transcrito fielmente de um contrato especial de trabalho desportivo:

“Cláusula Terceira – São obrigações do clube:

- (a) Proporcionar ao *jogador* boas condições de higiene e segurança no trabalho;
- (b) Prestar-lhe assistência médica e odontológica nos casos de acidente durante os treinamentos ou jogos, ou nos horários em que esteja à sua disposição;
- (c) Pagar-lhe o salário fixo ou variável, nos termos deste contrato e dentro dos prazos legais;
- (d) Pagar todas as despesas nos períodos de concentração, bem como durante as excursões, incluindo-se as despesas relacionadas à viagem, hospedagem e alimentação;
- (e) Contratar seguro de vida e de acidentes pessoais, vinculado à atividade desportiva, com o objetivo de cobrir os riscos a que o *jogador* está sujeito, nos termos do art. 45, da Lei 9.615/1998, alterada pela Lei 12.395/2011”.

Conforme se pode observar, além da determinação legal, existe previsão contratual; contudo, tal determinação não é cumprida, e sequer há fiscalização de qualquer órgão ou entidade de proteção, para garantir o seu cumprimento.

Para deslinde, urge destacar o entendimento jurisprudencial:

“Ementa: Atleta profissional de futebol. Seguro contra acidentes de trabalho. Lei 9.615/1998. O atleta profissional faz jus à contratação de seguro contra acidentes de trabalho por seu empregador, nos termos do art. 45 da Lei 9.615/1998. Ocorrido o evento danoso sem que tenha sido contratado o seguro, o atleta merece ser indenizado em valor equivalente ao estabelecido no parágrafo único do mesmo dispositivo, ou seja, o montante anual total da sua remuneração. Esse direito não está sujeito a qualquer outro evento ou condição, nem é obstado por pagamentos feitos em ressarcimento a despesas médicas relacionadas com o acidente, notadamente quando esta obrigação da entidade já era contratualmente prevista. Recurso autoral provido neste aspecto”.³

5. O DIREITO COMPARADO

A questão que envolve a contratação do seguro de vida brasileiro é muito semelhante ao modelo português, previsto no art. 5.º do Dec.-lei 10/2009:

“1 – O seguro desportivo cobre os riscos de acidentes pessoais inerentes à respectiva actividade desportiva, nomeadamente os que decorrem dos treinos, das provas desportivas e respectivas deslocações, dentro e fora do território português.

2 – As coberturas mínimas abrangidas pelo seguro desportivo são as seguintes:

a) Pagamento de um capital por morte ou invalidez permanente, total ou parcial, por acidente decorrente da actividade desportiva;

b) Pagamento de despesas de tratamento, incluindo internamento hospitalar, e de repatriamento”.

Nesse sentido, nossa legislação em muito se assemelha ao dispositivo legal português; contudo, no art. 20, existe o fator determinante para o cumprimento da obrigação que nos falta.

“As entidades que incumpram a obrigação de celebrar e manter vigentes os contratos de seguro desportivo previstos no presente decreto-lei respondem, em caso de acidente decorrente da actividade desportiva, nos mesmos termos em que responderia o segurador, caso o seguro tivesse sido contratado.”

3. TRT-1.ª Reg., Processo 0079300-90.2008.5.01.0482.

Evidentemente, a previsão acima descrita é o fator preponderante para o cumprimento da obrigação estabelecida, e o componente que nos falta para a efetivação.

Contudo, só haveria a efetiva punição no caso da necessidade de utilização do seguro.

O modelo apresentado no projeto de lei do Senador Zezé Perrella é mais abrangente e adequado à realidade brasileira, já que prevê multas e sanções severas para garantir o cumprimento de obrigações previstas.

Comparado ao português, o modelo aplicado no Uruguai é mais abrangente.

Os arts. 39 e ss. da legislação uruguaia regulam as obrigações dos clubes, quando em circunstâncias de lesões e seguros de modo geral, a que o atleta tem direito.

Especificamente, em caso de falecimento do atleta, Horacio González Mullin preceitua: “Si ocurriera el fallecimiento del jugador, entonces los beneficiários serán cónyuge o la concubina y sus hijos por partes iguales. En caso de ausência de estos, los beneficiários serán aquellos que acrediten que integraban el núcleo familiar que sostenía al futbolista fallecido”.

Existe também a especificação quanto às circunstâncias e a responsabilização da AUF – Associação Uruguaia de Futebol, para que, caso o jogador faleça em virtude de qualquer deslocamento a serviço da entidade, o seguro será pago aos beneficiários-familiares e ao clube que possui contrato com o mesmo.

Vale ressaltar que, a AUF, entidade que representa e regula o futebol no Uruguai, é a responsável pelo pagamento da indenização em qualquer circunstância, segundo previsão legal. Na realidade brasileira, seria como se a CBF fosse responsável pelo pagamento das indenizações.

6. CONCLUSÃO

O futebol é o esporte que melhor se apresenta como um elemento estratégico, dada sua relevância para a sociedade, especialmente no Brasil. Através dele, pode-se observar melhor elementos culturais e materiais, além da constituição de diferentes papéis sociais e hierárquicos da sociedade.

Uma das profissões onde se pode traçar um perfil com raras exceções é a de jogador profissional de futebol. A grande maioria vem de uma classe social menos favorecida, onde raríssimas exceções dão importância aos estudos, o que acaba por acarretar em finais de carreira onde o reflexo da má gestão financeira e pessoal é irrefutável e recorrente.

E essa falta de orientação traz muitos prejuízos para o atleta, até mesmo durante sua carreira, que, em virtude de pura falta de conhecimento, deixa de exigir o

cumprimento de obrigações, muitas vezes determinações legais, em seu benefício e, conseqüentemente, de seus familiares.

Diante do exposto, pode-se constatar a relevância do seguro de vida na atividade profissional do jogador de futebol, bem como a urgência em se tratar com mais seriedade o assunto, levando ao conhecimento desses atletas a referida garantia, fazendo assim com que os mesmos passem a exigir a adoção da prática da contratação desse tipo de apólice.

Além da previsão legal, ficou demonstrada a existência de previsão contratual, dentre as obrigações do clube a contratação do seguro, o que torna ainda mais absurda a sua não efetivação.

O projeto de alteração da lei do Senador Zezé Perrella é bastante relevante, no sentido de garantir o cumprimento do dispositivo legal, uma vez que prevê exatamente o que faltava para a efetivação: a sanção.

Vale destacar que modelos adotados por outros países, como Portugal e Uruguai são interessantes, e reforçam a constatação de que a previsão de sanção realmente é fundamental e, embora não exista uma fórmula que afaste definitivamente o descumprimento da determinação legal, existem alternativas que minimizem o risco de descumprimento.

Embora a previsão legal somente tenha passado a fazer parte do nosso ordenamento jurídico a partir de 2011, existiram casos anteriores, onde houve previsão através de cláusula contratual, como o caso apresentado do jogador Dener, que em 1994 faleceu em decorrência de acidente automobilístico.

Entretanto, seus familiares obtiveram, através de ação judicial, reconhecido o direito de receber o valor correspondente à apólice que deveria ter sido contratada pelo Clube de Regatas Vasco da Gama, através de contrato de empréstimo com a Associação Portuguesa de Desportos.

Alguns jogadores de maior expressão estão segurados neste sentido, em virtude da prática da cláusula penal, e este tem sido o meio de garantir a efetivação imediata, que inclusive merecia ser avaliado e mais utilizado.

Portanto, o grande desafio é conscientizar os jogadores e os clubes da importância dessa garantia que lhes é conferida por lei.

Urge destacar que as alternativas, como a adoção de cláusula penal, de maneira imediata, e a alteração do art. 45 são extrema importância para a garantia do direito ao seguro de vida aos atletas profissionais.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, W. C. *Futebol Brasileiro: A trajetória do jogador de futebol profissional e o fim de sua carreira*. Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. PUC-SP, 2009.
- COSTA, A. CB. *Bate-bola com a crônica: o futebol, o jornalismo e a literatura brasileira*. Projeto Experimental do Curso de Comunicação Social. Minas Gerais: Universidade Federal de Juiz de Fora, 2001. Disponível em: [www.facom.ufjf.br]. Acesso em: 20.06.2013.
- MACHADO, R. A. et al. *Curso de direito desportivo sistêmico*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. vol. 2.
- MARTINEZ, W. N. Previdência social dos profissionais de futebol. *Revista Síntese de Direito Desportivo*. vol. 6. p. 91-95. abr.- mai. 2012. São Paulo.
- MELO FILHO, A. *Nova Lei Pelé – Avanços e impactos*. 1. ed. São Paulo: Maquinária, 2011.
- MULLIN, H. G. *Manual Práctico de Derecho Del Deporte*. 1. ed. Uruguay: Editorial Y Libreria Juridica Amalio M. Fernandez, 2012.
- NOGUEIRA, C. *Futebol Brasil memória: de Oscar Cox a Leônidas da Silva*. Rio de Janeiro: Senac, 2006.
- PAHL, R. *Depois do sucesso: ansiedade e identidade fin-de-Siècle*. São Paulo: Unesp, 1997.
- PARREIRA, M. Senador propõe projeto para garantir seguro de vida a jogadores de futebol. *Site Globo Esporte*. Brasília, 2011. Disponível em: [http://globoesporte.globo.com/futebol/noticia/2011/08/senador-propoe-projeto-para-garantir-seguro-de-vida-jogadores-de-futebol.html]. Acesso em: 20.09.2013.
- PIMENTA, C. A. M. *Sociologia da juventude: futebol/paixão/sonho/frustração/violência*. São Paulo: Cabral Editora e Livraria Universitária, 2006.
- SOUZA, Gustavo Lopes Pires de. *Estatuto do Torcedor: A evolução dos direitos do consumidor do esporte*. Belo Horizonte: Alfstudio, 2009.
- TOLEDO, L. H. *No país do futebol*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.
- VÊIGA, M. F. C. Questões polêmicas que envolvem o seguro do atleta. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*. vol.11. n. 22. p. 91-99. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- _____; SOUSA, F. T. *A evolução do futebol e das normas que o regulamentam: aspectos trabalhistas-desportivos*. 1. ed. São Paulo: LTR, 2013.
- ZAINAGHI, D. S. *Nova legislação desportiva – aspectos trabalhistas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Disponível em: [http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/214683/00793009020085010482%2314-10-2010.pdf?sequence=1]. Acesso em: 08.05.2013.

Clube terá de comprovar que jogador tem seguro de vida. *Agência Senado*. Brasília, 2012. Disponível em: [<http://www12.senado.gov.br/noticias/jornal/edicoes/2012/05/30/>]. Acesso em: 20.09.2013.

Seguro para atletas e treinadores gera mais dúvidas do que certezas. *Site PT no Senado*. Brasília, 2013. Disponível em: [www.ptnosenado.org.br/textos/122-curtas/26289-seguro-para-atletas-e-treinados-gera-mais-duvidas-do-que-certezas/]. Acesso em: 20.09.2013.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Alterações na legislação laboral desportiva: incidência na prática futebolística, de Fábio Menezes de Sá Filho – *RDT* 144/293 (DTR\2011\5186);
- Disposições relativas ao atleta no direito desportivo brasileiro de Marcilio Krieger – *RBDD* 3/160 (DTR\2011\2033); e
- Questões polêmicas que envolvem o seguro do atleta, de Mauricio de Figueiredo Corrêa da Veiga – *RBDD* 22/91 (DTR\2012\451040).

COPA DO MUNDO 2014

E O MARKETING DE EMBOSCADA

BRUNO FEIGELSON

Mestre em Direito pela UERJ. Graduado em Direito pela UFRJ.

ANTONIO HENRIQUE ALBANI SIQUEIRA

Graduado em Direito pela UERJ. Advogado do escritório "Ribeiro Lima Advogados".

ÁREA DO DIREITO: Civil; Desportivo

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade estabelecer um panorama jurídico geral quanto à possibilidade de utilização das marcas oficiais da Copa do Mundo Fifa 2014 por particulares em atividades de cunho publicitário. Trata-se de assunto de grande relevância tendo em vista as dimensões únicas da Copa do Mundo, que atraem investimentos vultosos e, conseqüentemente, a possibilidade de que particulares venham a usufruir do ambiente econômico altamente favorável. Nesse sentido, analisa-se a Lei 12.663/2012 ("Lei Geral da Copa") no que tange ao tratamento conferido à proteção e exploração dos direitos comerciais referentes às marcas oficiais da Copa do Mundo, abordando os aspectos relativos ao *marketing* de emboscada. Procurou-se tratar o tema sob a ótica privada, propondo alternativas que possibilitem a utilização de referência publicitária ao evento por particulares, sem que se incorra na responsabilização civil e criminal prevista em lei.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade industrial – Copa do Mundo Fifa 2014 – Marcas oficiais – Uso indevido – *Marketing* de emboscada – Lei Geral da Copa – Responsabilidade civil – Responsabilidade criminal.

ABSTRACT: This article has the purpose of establishing a general legal overview with respect to the possibility of using the official marks of 2014 Fifa World Cup by individuals in advertising imprint activities. It is a matter of great importance considering the unique dimensions of the World Cup, which gathers huge investments and, consequently, the possibility of taking advantage of the highly favorable economic environment by individuals. In this regard, we analyze Law No. 12.663/2012 ("World Cup General Law") with respect to the treatment given to the protection and exploitation of commercial rights relating to World Cup's official marks, dealing with aspects related to ambush marketing. We tried to analyze the issue under the private side, proposing alternatives that enable advertising references to the event by individuals, without incurring in civil and criminal liabilities provided by law.

KEYWORDS: Industrial Property – 2014 Fifa World Cup – Official Marks – Abuse – Ambush Marketing – World Cup General Law – Civil Liability – Criminal Liability.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Restrições legais: 2.1 Proteção e exploração de direitos comerciais; 2.2 Áreas de restrição comercial; 2.3 Marcas oficiais: 2.3.1 Associações comerciais indevidas; 2.3.2 Atividades legítimas – 3. Atuação da Fifa: 3.1 *Marketing* de emboscada – *Ambush marketing*: 3.1.1 Jurisprudência – 4. Responsabilidade civil – 5. Responsabilidade criminal – 6. Conclusão – 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Copa do Mundo é um evento privado – mas que, por conta de suas proporções, somente se viabiliza com a intensa participação dos Estados que a sediam. No caso da Copa do Mundo Fifa 2014, o apoio do Brasil, país sede, se deu de diversas formas, cabendo destacar a Lei 12.663, de 05.06.2012 – Lei Geral da Copa.

A norma explicita, dentre outros aspectos, as formas de utilização das marcas oficiais do evento, estabelecendo sanções para eventuais infrações. A lei dispõe inclusive de dinâmicas próprias de registro junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial, INPI, o que se justifica, por conta das dimensões únicas de tal evento esportivo,¹ dos custos envolvidos que são arcados em grande parte pelos patrocinadores, bem como dos compromissos firmados entre o Estado brasileiro e a Fifa. A respeito do tema, assim leciona Flávio Amaral Garcia:

“Daí porque todo o país que recebe uma Copa do Mundo celebra com a Fifa um conjunto de contratos assumindo diversas obrigações, encargos e responsabilidades. Esses compromissos foram assinados pelo Brasil e reclamam, para sua operacionalização, sede legal. Esse é, portanto, o objetivo da Lei Geral da Copa: viabilizar os compromissos assumidos contratualmente com a Fifa”.²

Da mesma forma, a realização de eventos internacionais de grande porte no Brasil fez com que o governo criasse um regime licitatório próprio para a realização das contratações afetas à Copa do Mundo. A edição de tal regime diferenciado de contratações públicas teve início com as MedProv 488/2010 e 489/2010, as quais perderam sua eficácia por decurso do tempo. Posteriormente, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, RDC, foi incluído no corpo da MedProv 527/2011 e, após aprovação do Congresso Nacional e sanção da Presidência da República, culminou com a promulgação da Lei 12.462, 04.08.2011.

Não obstante as diversas críticas feitas por parte da doutrina, há que se considerar que a edição de um regime licitatório e contratual diferenciado para a Copa do Mundo se justifica pela necessidade de se atribuir celeridade aos procedimentos, considerando as peculiaridades e a complexidade da realização do evento, bem como os prazos impostos. Nesse sentido, posiciona-se Leonardo Coelho Ribeiro:

“(…) entende-se que, na forma das seguintes ponderações às proposições do autor, que: (i) a criação de um regime diferenciado apenas para a Copa do Mundo

1. De acordo com dados da Fifa, a Copa do Mundo é o evento esportivo de maior audiência no mundo. Disponível em: [<http://pt.fifa.com/aboutfifa/worldcup/>]. Acesso em 16.01.2014.

2. GARCIA, Flávio Amaral. Aspectos jurídicos da Lei Geral da Copa e suas flexibilizações. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, ano 10, n. 37, abr.-jun. 2012. Belo Horizonte. Disponível em: [<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=79749>]. Acesso em: 14.01.2014.

de 2014 e as Olimpíadas de 2016 pode ser justificada, sob o aspecto formal, com base nos requisitos da relevância e urgência exigidos para a edição de uma medida provisória, o que poderia ser refutado se o objeto das medidas fosse modificar normas gerais de licitações e contratos; (ii) não se pode olvidar da dificuldade política de se modificar o regime geral de licitações e contratos previsto na Lei 8.666/1993; (iii) a adoção de práticas mais ágeis e eficientes, ainda que restritas a instrumentalizar os megaeventos esportivos, é extremamente salutar, pois se coloca a serviço da efetivação de políticas públicas cardeais; e (iv) os efeitos prospectivos da iniciativa não podem ser desconsiderados”.³

O que se observa é que as condições impostas pela Fifa, no âmbito do pleito em que o Brasil concorreu para a realização do evento de 2014, em diversos pontos, divergiam do disposto no ordenamento jurídico pátrio – impulsionado diversas críticas, especialmente no período em que a norma ainda se encontrava em fase de confecção.

As críticas se fundavam no fato de que privilégios estariam sendo concedidos à Fifa, o que poderia ser compreendido como uma quebra no princípio da isonomia. No entanto, há que se considerar que a Lei Geral da Copa se insere na perspectiva de satisfação do direito do entretenimento, esculpido no art. 6.º da CF/1988, que, em determinadas hipóteses, pode ser satisfeito através de uma atuação positiva indireta por parte do Estado – o que se concebe como fomento. A este respeito, assim expusemos em outra oportunidade:

“O fomento do entretenimento é uma forma positiva de atuação do Estado, que se dá por meio indireto. Nesta categoria não se espera que o Estado simplesmente se abstenha e permita que determinados particulares prestem determinados serviços. Ao contrário, o fomento pressupõe que o Estado identifique determinadas atividades relacionadas com o entretenimento, muitas vezes carentes de prestação em determinados locais, e incentive, através de mecanismos, a prestação por parte de particulares”.⁴

Em que pese não se tratar do objeto precípua do presente estudo abordar eventuais inconstitucionalidades presentes na Lei Geral da Copa, há que se referir que algumas teses neste sentido já se somam no âmbito da doutrina, baseados, dentre outros aspectos, na proteção da ordem econômica e da livre concorrência.

Além disso, tramita, atualmente, no âmbito do STF, a ADIn 4976, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República – PGR, contra dispositivos da Lei Geral da Copa, dentre os quais destacamos: (i) a responsabilização da União por prejuízos causados por terceiros e por fenômenos da natureza; (ii) a concessão de prêmio em dinheiro e auxílio mensal aos jogadores das seleções brasileiras campeãs das

3. RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Revista Síntese: Direito Desportivo*. ano 1. n. 1. jun.-jul. 2011. São Paulo: IOB, 2011. p. 16.

4. FEIGELSON, Bruno. *Direito do entretenimento*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2014. p. 81-82.

décadas de 58, 62 e 70 do século passado; e (iii) o dispositivo que isenta a Fifa e suas subsidiárias do pagamento de custas e outras despesas judiciais.

O último andamento relevante da referida ação diz respeito à decisão exarada pelo Min. Ricardo Lewandowski, em julho de 2013, que adotou o procedimento abreviado previsto no art. 12 da Lei 9.868/1999, face à relevância da matéria e o seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica. Restando dizer que até o presente momento a questão não conta com um desfecho.

A decisão da referida ação direta de inconstitucionalidade pode ser de grande relevância para os particulares interessados em utilizar referências à Copa do Mundo para impulsionar seus negócios. Isso porque, ainda que a lide não trate de assuntos que possuam direta relação com tal interesse, a análise das condições particulares estabelecidas em favor da Fifa é importante paradigma para qualquer tipo de eventual questionamento que se faça sobre os demais dispositivos da Lei Geral da Copa.

2. RESTRIÇÕES LEGAIS

A Lei Geral da Copa estabelece uma série de restrições durante o evento, que podem ser didaticamente divididas no âmbito de duas classes principais, quais sejam as restrições afetas: (i) à proteção e exploração de direitos comerciais, e (ii) às áreas de restrição comercial.

Além da norma federal que disciplina o tema, a Fifa – com o fim precípua de oferecer orientações e informações adicionais ao público em geral a respeito da utilização das marcas oficiais, bem como desestimular eventuais infrações ao disposto na Lei Geral da Copa – disponibiliza, em seu sítio eletrônico,⁵ as Diretrizes Públicas de Marcas Oficiais.

Importa notar que a Fifa, enquanto instituição privada, não conta com poder normativo, de modo que todos os aspectos das Diretrizes Públicas comportam eventuais questionamentos. Ainda assim, tendo em vista o objetivo de várias empresas que não patrocinam a Copa do Mundo em se beneficiar das consequências econômicas do evento, é importante considerar as restrições impostas pela Fifa nas Diretrizes Públicas, bem como aquelas previstas na Lei 12.663/2012, como forma de evitar eventuais litígios.

2.1 *Proteção e exploração de direitos comerciais*

O art. 3.º da Lei Geral da Copa estabelece que serão registrados no cadastro de alto renome do INPI, em regime especial, os símbolos oficiais de titularidade da

5. Disponível em: [http://pt.fifa.com/mm/document/affederation/marketing/01/37/85/97/2014_ffapublicguidelines_por_04042013.pdf]. Acesso em: 16.01.2014.

Fifa, dentre os quais se encontram os seguintes: (i) o emblema da Fifa; (ii) o emblema da Copa do Mundo Fifa 2014; (iii) o mascote oficial da Copa do Mundo Fifa 2014; e (iv) outros símbolos oficiais de titularidade da Fifa.

As Diretrizes Públicas, por sua vez, informam que a Fifa registrou diversos logos, palavras, títulos, símbolos e outras marcas nos órgãos oficiais, destacando como os mais importantes: (i) o emblema oficial da Fifa; (ii) o emblema da Copa do Mundo Fifa 2014; (iii) o mascote oficial da Copa do Mundo Fifa 2014; (iv) o *slogan* oficial *all in one rhythm* (“juntos num só ritmo”); (v) a identidade visual oficial da Copa do Mundo Fifa 2014; (vi) o troféu da Copa do Mundo Fifa 2014; (vii) o pôster oficial da Copa do Mundo Fifa 2014; (viii) o logotipo Oficial do Fifa Fan Fest; (ix) os termos protegidos (a) 2014 Fifa World Cup Brazil, (b) 2014 Fifa World Cup, (c) Fifa World Cup, (d) Fifa, (e) World Cup, (f) 2014 World Cup, (g) World Cup 2014, (h) Brazil 2014, (i) 2014 Brazil, (j) Football World Cup, (k) Soccer World Cup, (l) Copa 2014, (m) Copa do Mundo, (n) Mundial 2014, (o) Mundial de Futebol Brasil 2014, (p) Copa do Mundo 2014, e (q) Nomes das Sedes + 2014 (para cada uma das sedes).

Os referidos registros protegem a Fifa contra o uso não autorizado de logotipos, palavras, títulos, símbolos, emblemas, hinos e/ou outras marcas relativas à Copa do Mundo Fifa 2014 (marcas oficiais), assim consideradas tanto as reproduções idênticas quanto as variações e modificações similares e/ou confundíveis. Neste sentido, aplica-se o entendimento da regra geral disposta no art. 123, I, da Lei 9.279/1996, que considera marca de produto ou serviço aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa.

Isto posto, em que pese a Lei Geral da Copa disciplinar procedimentos peculiares para a Fifa, e mesmo sancionar de forma especial o uso indevido das marcas por ela registrada, a concepção de marca sedimentada no âmbito da doutrina pátria não se altera no caso em questão. Neste sentido, assim leciona o professor Denis Borges Barbosa:

“Assim, marca é o sinal visualmente representado, que é configurado *para o fim específico* de distinguir a origem dos produtos e serviços. Símbolo voltado a um fim, sua existência fática depende da presença destes dois requisitos: capacidade de simbolizar, e capacidade de indicar uma origem específica, sem confundir o destinatário do processo de comunicação em que se insere: o consumidor. Sua proteção jurídica depende de um fator a mais: a *apropriabilidade*, ou seja, a possibilidade de se tornar um símbolo exclusivo, ou legalmente unívoco, em face do objeto simbolizado”.⁶

Portanto, nos termos da Lei Geral da Copa e das Diretrizes Públicas, a utilização das marcas oficiais é privativa da Fifa, de modo que o seu uso com fins promocio-

6. BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 700.

nais ou publicitários será concedido apenas aos parceiros comerciais da Fifa, patrocinadores e apoiadores nacionais da Copa do Mundo Fifa 2014.

Existe, no entanto, uma exceção prevista nas diretrizes públicas – permite-se a utilização de marcas oficiais para fins legítimos editoriais e de informação, desde que tal uso não crie qualquer tipo de associação inapropriada entre a Copa do Mundo Fifa 2014 e quaisquer entidades não patrocinadoras.

Nos casos de uso das marcas oficiais para fins informativos, a Lei Geral da Copa – como bem compreendeu a Fifa, no âmbito das Diretrizes Públicas – deve ser interpretada em consonância com o art. 5.º, XIV, da CF/1988, que explicita que é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional.

A diferenciação do objetivo em relação à utilização da marca é o que enseja a caracterização de uso lícito ou não. Tal distinção enseja a melhor compreensão do direito de informação, importando referir o posicionamento dos professores J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira a este respeito:

“O direito de informação (n. 2.º parte) integra três níveis: o direito ‘de informar’, o direito ‘de se informar’, e o direito ‘de ser informado’. O primeiro consiste, desde logo, na liberdade de transmitir ou comunicar informações a outrem, de as difundir sem impedimentos, mas pode também revestir uma forma positiva, enquanto direito a informar, ou seja, a meios para informar. O direito de se informar consiste designadamente na liberdade de escolha de informação, de procura de fontes de informação, isto é, no direito de não ser impedido de se informar. Finalmente, o direito a ser informado é a versão positiva do direito de se informar, consistindo num direito a ser mantido adequadamente e verdadeiramente informado, desde logo, pelos meios de comunicação (cf. arts. 38.º e 39.º) e pelos poderes públicos (art. 48.º-3), sem esquecer outros direitos específicos à informação reconhecidos na Constituição, diretamente (arts. 35.º-1, 55.º/a e 268.º-1) ou indirectamente (cfr. arts. 55.º/d, 57.º-2/a, 77.º-2, etc)”.⁷

Nestas hipóteses de uso para fins editoriais, no entanto, não há que se constatar os aspectos inerentes à publicidade. Ou seja, é essencial que se afaste o caráter informativo de eventual vinculação à promoção de determinada marca. E, neste contexto, a concepção do significado do termo publicidade, quando da utilização das marcas oficiais, deve ser amplo – não se restringindo apenas à venda de determinado produto, mas sim encampando qualquer característica de vinculação de identidades entre marca e empresa não patrocinadora. As lições de Armando Sant’Anna nos parecem oportunas neste momento:

7. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Portugal/Coimbra: Coimbra, 1993. p. 234.

“O propósito da publicidade é, em última instância, conseguir ação de compra. Mas a publicidade não pode ser medida somente com relação a compras.

Ela também é conhecimento, dando maior identidade ao produto e à empresa; torna os benefícios e vantagens do produto conhecidas e aumenta a convicção racional ou emocional do consumidor em relação ao produto”.⁸

Por outro lado, a Lei Geral da Copa, como não poderia ser de forma contrária, não veda a publicidade em veículos de comunicação que façam referência às marcas oficiais – até porque em tais hipóteses não há vinculação entre as referidas marcas e o anunciante. Desta forma, por exemplo, um anúncio de um particular não patrocinador em determinado material informativo, que trate da Copa do Mundo – e exponha suas marcas oficiais – é legal.

2.2 Áreas de restrição comercial

A Lei Geral da Copa estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que sediarão a Copa do Mundo Fifa 2014, bem como as demais autoridades competentes, colaborarão para assegurar à Fifa e pessoas por ela indicadas a autorização para, com exclusividade, divulgar suas marcas, distribuir, vender, dar publicidade ou realizar propaganda de produtos ou serviços nos locais oficiais de competição.

Tais áreas de restrição comercial não apenas delimitam o território em que somente a Fifa e as pessoas por ela autorizadas poderão distribuir ou vender seus produtos, como também representam as áreas em que terceiros ficarão proibidos de praticar quaisquer atividades de cunho promocional ou publicitário.

A fixação das referidas áreas de exclusividade é responsabilidade das autoridades competentes, os Municípios, considerando os requerimentos da Fifa ou das autoridades por ela indicados e observado o perímetro máximo de 2 km ao redor dos locais oficiais de competição.

Diante da Copa das Confederações, de 2013, diversos foram os decretos publicados pelos Municípios que sediarão os jogos da Copa do Mundo – importando dizer que cada um dos entes federativos optou por tratar a questão de forma própria, havendo distinções, dentre outros aspectos, no perímetro das áreas de restrição comercial.

No entanto, o referido dispositivo legal definiu que a delimitação das áreas de restrição comercial não prejudicará as atividades dos estabelecimentos regularmente em funcionamento, desde que não haja qualquer forma de associação com a Copa do Mundo Fifa 2014.

8. SANT’ANNA, Armando. *Propaganda – Teoria – Técnica e prática*. 7. ed. São Paulo: Pioneira Arte Comunicação, 1998. p. 122.

2.3 Marcas oficiais

Conforme dispõe o art. 3.º da Lei Geral da Copa, a Fifa registrará no cadastro de alto renome do INPI, em regime especial, os símbolos oficiais de titularidade da Fifa. Até o presente momento, de acordo com diversas publicações na Revista da Propriedade Industrial – RPI, inúmeras são as marcas oficiais já registradas.⁹

As Diretrizes Públicas da Fifa, em consonância com tais registros efetivados, fornecem, de forma mais simplória, algumas exemplificações de utilização das marcas oficiais por entidades terceiras não autorizadas pela Fifa, sob dois ângulos: (i) Associações comerciais indevidas com a Copa do Mundo Fifa 2014, e (ii) Atividades que podem ser consideradas “legítimas”.

2.3.1 Associações comerciais indevidas

São caracterizadas como associações indevidas as seguintes atividades: (i) Anúncio comercial utilizando marca oficial ou referência ao evento em um contexto comercial; (ii) Realização de promoções envolvendo ingresso; (iii) Utilização de marca oficial em concurso, jogo ou loteria; (iv) Utilização de marca oficial para apresentação de conteúdo editorial; (v) Uso comercial do calendário de jogos, especialmente acrescido de marcas de empresas não patrocinadoras no mesmo, para fins de *marketing*, promoção ou publicidade; (vi) Uso de marca oficial como parte do nome de uma empresa; (vii) Uso de marca oficial em um item de *merchandising*; (viii) Uso de marca oficial como parte de decoração de estabelecimentos comerciais; (ix) Incorporação de marca oficial a nomes de domínios ou URLs de sites com conteúdo comercial; (x) Utilização de marca oficial juntamente com, ou próxima a, logotipos de empresas não patrocinadoras ou referências comerciais às mesmas, ou individualmente, em sites, incluindo sites e aplicativos otimizados para celulares; (xi) Utilização de marca oficial como hiperlinks ou atalhos na Internet; (xii) Utilização de marca oficial em SMS, MMS ou outros serviços de comunicação móvel similares em um contexto comercial; (xiii) Utilização de marca oficial em aplicativos específicos voltados para a Copa do Mundo Fifa 2014; (xiv) Uso de marca oficial como parte da estrutura geral de um “*get up*” ou do *design* de um site, ou como parte importante de uma página introdutória de um site; e (xv) Uso de marca oficial em plataforma de mídia social.

9. As marcas oficiais da Copa do Mundo Fifa 2014 foram publicadas nas seguintes edições da Revista da Propriedade Industrial – RPI: (i) RPI n. 2226, de 03.09.2013; (ii) RPI n. 2201, de 12.03.2013; (iii) RPI n. 2190, de 26.12.2012; (iv) RPI n. 2189, de 18.12.2012; e (v) RPI n. 2184, de 13.11.2012.

2.3.2 Atividades legítimas

São caracterizadas como atividades legítimas, pela própria Fifa, as seguintes: (i) Uso de termos/elementos visuais gerais relacionados a futebol; (ii) Uso legítimo editorial de marca oficial, sem cunho comercial; (iii) Utilização não comercial do calendário de jogos pela imprensa; (iv) Nome da empresa relacionado ao futebol (esporte) ou ao Brasil; (v) Utilização de termos gerais relacionados a futebol ou ao Brasil ou a bandeiras nacionais em itens de *merchandising*; (vi) Utilização de itens de decoração relacionados de forma geral ao futebol ou ao Brasil; e (vii) Uso de marca oficial como URL após o nome de domínio.

Além das condutas designadas como legítimas pela Fifa, outros infinitos usos podem ser feitos de expressões e símbolos públicos. Para exemplificar, pode ser citada a utilização de imagens dos estádios onde ocorrerão os jogos para fins publicitários, dentre outros.

3. ATUAÇÃO DA FIFA

Cabe constatar que a Fifa tem demonstrado grande preocupação em relação a não permitir o estabelecimento de paradigmas relacionados com a associação comercial indevida – uma vez que a ausência de maior fiscalização em um único evento pode estimular a proliferação de tais condutas em ocasiões futuras, comprometendo novos patrocínios para a Copa do Mundo. Em atenção a este fato, empresas, notadamente as de grande porte, tem sido notificadas com regularidade, com vistas a cessar condutas de associação indevida.

Existe inclusive notificação padrão,¹⁰ que já foi encaminhada às empresas – nas hipóteses em que, segundo a Fifa, houve alguma infração à Lei Geral da Copa, conforme se observa dos trechos destacados abaixo:

“Nós esperamos que a ‘Nome da Empresa’, como uma empresa de grande porte e com alta credibilidade no mercado, não tenha a intenção de prejudicar as atividades da Fifa ou de se promover indevidamente às custas das Competições. Contudo, nós pedimos que a ‘Nome da Empresa’ respeite os direitos da Fifa, das suas Parceiras Comerciais e não realize qualquer atividade indevida que tente se aproveitar, indevidamente, da fama e credibilidade das Competições.

Pedimos, gentilmente, que tomem nota do conteúdo da presente carta, esperando que seja suficiente para evitar qualquer atividade de *marketing* de emboscada associada às atividades da ‘Nome da Empresa’. A nossa experiência demonstra que a sede de uma grande empresa não tem a intenção de se envolver em atividades

10. Disponível em: [http://pt.fifa.com/mm/document/affederation/marketing/02/01/76/53/carta_de_informacao_sobre_atividades_de_marketing.pdf]. Acesso em: 16.01.2014.

de *marketing* proibidas, mas tais problemas podem resultar de ações organizadas em nível local. Recomendamos, portanto, que compartilhem a presente carta com os escritórios regionais, a fim de garantir o conhecimento do seu conteúdo pelas diretorias relevantes”.

Há que se referir, ainda, que a notificação, em seu modelo padrão, faz alusão expressa ao fato de a empresa hipotética destinatária ser de grande porte, o que denota que este é o foco estratégico principal da Fifa.

3.1 Marketing de emboscada – Ambush marketing

O objetivo primordial da Fifa é coibir o *marketing* de emboscada, que pode ser concebido como a associação de determinada empresa não patrocinadora ao evento, com fins comerciais.

No âmbito do ordenamento jurídico pátrio, a questão não é nova, visto que o Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária – Conar, em seu art. 31, condena os proveitos publicitários indevidos e ilegítimos, obtidos por meio de “carona” e/ou “emboscada”, mediante invasão do espaço editorial ou comercial de veículo de comunicação. O parágrafo único, por sua vez, estabelece que se consideram indevidos e ilegítimos os proveitos publicitários obtidos: (i) mediante o emprego de qualquer artifício ou ardid; (ii) sem amparo em contrato regular celebrado entre partes legítimas, dispondo sobre objeto lícito; e (iii) sem a prévia concordância do veículo de comunicação e dos demais titulares dos direitos envolvidos.

A figura jurídica do *marketing* de emboscada é inspirada no direito alienígena – que no âmbito dos países de língua inglesa é referido como *ambush marketing*. Meenaghan define a prática como sendo “the practice whereby another company, often a competitor, intrudes upon public attention surrounding the event, thereby deflecting attention toward themselves and away from the sponsor”.¹¹

É de se notar que embora o *marketing* de emboscada seja utilizado para designar a conduta de determinada sociedade empresária que visa se beneficiar com evento alheio, no âmbito esportivo a questão ganha ainda mais relevância no contexto da Copa do Mundo.

Os eventos esportivos, e a Copa do Mundo em especial, são eventos que movimentam expressivas quantias, fato que se justifica pelo grande número de torcedores envolvidos. Não sem motivo, os contratos de licença para uso de imagem, por exemplo, envolvem altos valores. Sendo certo que jogadores famosos são constantemente contratados para representarem campanhas das marcas mais famosas.

11. MEENAGHAN, T. *Point of view. Ambush Marketing – A Threat to Corporate Sponsorship*. Sloan Management Review, 38, 1994. p. 79.

A respeito dos contratos de licença para uso de imagem, especificamente, Gustavo Normanton Delbin e Paula Gambini Vazquez assim observam:

“O contrato de licença para uso de imagem entre atletas e clubes tornou-se necessário pelas negociações que se podem fazer – e valores que se pode gerar para clubes, atletas e empresas patrocinadoras e projetos de *marketing*. O contrato para a utilização da imagem dos atletas tem sua razão de existir no interesse negocial que dele emana”.¹²

Se os contratos de exploração de imagem dos atletas comportam valores elevados, o que se pode dizer do maior evento de futebol do mundo, e de todos os seus símbolos envolvidos, é que estes são marcas de grande expressão e relevância – o que implica dizer que seu uso indevido, envolvem impactos econômicos expressivos.

3.1.1 *Jurisprudência*

Em âmbito internacional, a jurisprudência é farta no sentido de coibir tais condutas – especialmente no contexto de grandes eventos esportivos, como é o caso da Copa do Mundo e das Olimpíadas. No Brasil, no entanto, diante da ausência de realização de tais eventos, poucos são os pronunciamentos exarados pelos tribunais.

Neste sentido, salienta-se a ApCiv 2008.001.40874, do TJRJ, em que o Comitê Organizador dos Jogos Pan-Americanos Rio 2007 – CO – RIO, propôs ação contra a associação de motoristas de táxi da ponte aérea, por conta do uso indevido da logomarca RIO 2007. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu que a utilização da marca era indevida, muito embora o *marketing* de emboscada, nesta hipótese específica, não ensejou a indenização por danos morais, conforme se expõe:

“Muito embora não se possa afirmar que os fatos narrados não hajam ultrapassado os limites do ‘mero aborrecimento’, porque, indiscutivelmente, causaram justa indignação no recorrente; muito embora isso, seu renome, sua imagem, seu conceito público permaneceram hígidos. Não há prova em contrário, nem fatos notórios que o indiquem. No caso, o *marketing de emboscada* não teve expressão, nem intensidade suficiente para agredir-lhe a honra objetiva”.

A decisão, no entanto, é isolada, cabendo referir que a grande construção jurisprudencial do tema ocorrerá futuramente, haja vista a realização da Copa do Mundo e das Olimpíadas no país.

12. DELBIN, Gustavo Normanton; VAZQUEZ, Paula Gambini. Comentários à decisão judicial sobre o uso indevido de imagem de jogadores de futebol por editora – “As figurinhas da Copa União 88”. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*. ano 11. n. 22. São Paulo: Ed. RT. jul.-dez. 2012. p. 361.

Na esfera do INPI, também é possível analisar entendimento esporádico proferido que guarda relação com a Copa do Mundo. O caso em questão se refere ao sítio virtual [<http://imaginanacopa.com.br>], criado com o objetivo de demonstrar que é possível o estabelecimento de boas ações tendo como mote o mundial – trata-se, portanto, de medida filantrópica que visa melhorar a condição de vida da população. A idealizadora, Fernanda Cabral de Melo Oliveira, entrou com pedido de registro da marca nominativa “Imagina na Copa” junto ao INPI, na classe 35, no Processo 905134826.

A Fifa entendeu que o registro da referida marca iria ferir os seus direitos, iniciando assim negociações com os proprietários do domínio – com vistas a que não se viabilizasse o registro intentado junto ao INPI. Segundo informações obtidas em sítio eletrônico que relata o caso, a Fifa expôs que não procederia com as medidas judiciais cabíveis caso fosse retirado o pedido de registro da marca “Imagina na Copa”.¹³

Não tendo sido possível alcançar um acordo antes do prazo aplicável, a Fifa apresentou oposição ao pedido de registro de marca, alegando que o termo “Imagina na Copa” é uma evidente reprodução com acréscimo de parte do nome da Copa do Mundo Fifa 2014. Em 03.09.2013, o INPI deferiu o pedido de registro da marca “Imagina na Copa”.

Em nível internacional, exemplos como o caso: (i) da Liga Nacional de Hockey do Canadá – The National Hockey League (NHL) – que envolveu a Pepsi e a Coca Cola; (ii) da seleção olímpica da Austrália – que envolveu a Nike e a Adidas; e (iii) da Liga Nacional de Futebol Americano – National Football League (NFL), que também envolveu a Coca Cola e a Pepsi, são emblemáticos, além de ajudar a consolidar um entendimento internacional de quais condutas são permitidas no âmbito dos grandes eventos e quais são vedadas.

No que se refere à Fifa, o caso internacional de maior relevância a ser destacado diz respeito à cervejaria Bavária. Na África do Sul, durante a Copa do Mundo de 2006, um grupo de 36 jovens holandesas que assistiam a partida entre Holanda e Dinamarca foi expulso do estádio Soccer City pela Fifa – que considerou que os vestidos das mesmas eram parte de uma campanha publicitária de uma empresa não patrocinadora oficial do torneio, a cervejaria holandesa Bavaria.

O vestido laranja, cor da seleção holandesa, fazia parte de um pacote promocional que a Bavaria dava de brinde aos clientes que compravam os produtos como parte de sua campanha publicitária para a Copa. Diante das acusações, a cervejaria alegou em sua defesa que não estampou seu nome nos vestidos – informou ainda que vendera cerca de 200 mil trajes iguais nos supermercados holandeses, impor-

13. Disponível em: [<http://blogs.ne10.uol.com.br/mundobit/2013/06/21/fifa-quer-impedir-site-de-usar-o-nome-imagina-na-copa/>]. Acesso em: 16.01.2014.

tando dizer que tais peças do vestuário eram adquiridas por quem comprava determinado número de cervejas.

Além de serem expulsas das arquibancadas do Soccer City, as jovens foram acusadas de “publicidade encoberta”. A África do Sul, que conta com um dos ordenamentos jurídicos mais desenvolvidos em relação à propriedade intelectual – especialmente no que se refere ao *marketing* de emboscada – considera a referida conduta como crime.

No caso brasileiro, a tipificação da vedação do *marketing* de emboscada é expressa no âmbito da Lei Geral da Copa, ensejando inclusive reflexos de natureza penal – conforme será abordado com mais detalhes em tópico posterior. Tal nitidez normativa ajuda a antecipar os entendimentos que serão proferidos pelos tribunais do país, que, salvo excepcionalidades, não devem destoar da jurisprudência internacional.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL

O uso não autorizado de marcas oficiais poderá configurar violação aos registros de marca, direitos autorais, enriquecimento sem causa e violação à Lei Geral da Copa.

Uma vez constatada a associação indevida de uma marca oficial por terceiro não autorizado pela Fifa, esta, provavelmente, encaminhará uma carta oficial informando a desconformidade com as Diretrizes Públicas e Lei Geral da Copa – conforme se analisou em tópico anterior – solicitando a adequação e advertindo quanto ao risco de se incorrer na atividade de *marketing* de emboscada.

Além disso, a Fifa invariavelmente poderá propor ações judiciais – notadamente com o intuito de obter decisão liminar – para coibir a violação a seus direitos, ensejando ainda direito à indenização pelos prejuízos e lucros cessantes.

Nesse diapasão, a Lei Geral da Copa estabelece que é obrigado a indenizar os danos, os lucros cessantes e qualquer proveito obtido, aquele que praticar, sem autorização da Fifa ou de pessoa por ela indicada, as seguintes condutas: (i) atividades de publicidade, inclusive distribuição de produtos de marca, nos locais oficiais de competição, em suas principais vias de acesso, ou em lugares que sejam claramente visíveis a partir daqueles; (ii) publicidade ostensiva em veículos automotores, estacionados ou circulando pelos locais oficiais de competição, em suas principais vias de acesso, ou em lugares que sejam claramente visíveis a partir daqueles; e (iii) publicidade aérea ou náutica, inclusive por meio do uso de balões, aeronaves ou embarcações, nos locais oficiais de competição, em suas principais vias de acesso ou em lugares que sejam claramente visíveis a partir daqueles.

5. RESPONSABILIDADE CRIMINAL

A Lei Geral da Copa estabeleceu novos tipos penais, vinculados à utilização indevida de símbolos oficiais. O que se pretende coibir desta forma – de maneira incisiva – é o *marketing* de emboscada.

Reproduzir, imitar, falsificar ou modificar indevidamente quaisquer símbolos oficiais de titularidade da Fifa, nos termos do art. 30, são consideradas condutas criminosas. As referidas práticas podem redundar em pena de detenção de 3 meses a 1 ano ou multa.

Já os atos de importar, exportar, vender, distribuir, oferecer ou expor à venda, ocultar ou manter em estoque símbolos oficiais ou produtos resultantes da reprodução, imitação, falsificação ou modificação não autorizadas de símbolos oficiais para fins comerciais ou de publicidade, ensejam a pena de detenção de 1 a 3 meses ou multa, conforme prescrição do art. 31.

O *marketing* de emboscada, segundo a Lei Geral da Copa, é dividido em duas categorias – por associação e por intrusão. O art. 32 refere-se ao *marketing* de emboscada por associação, que é caracterizado pelo ato de divulgar marcas, produtos ou serviços, com o fim de alcançar vantagem econômica ou publicitária, por meio de associação direta ou indireta com os eventos ou símbolos oficiais, sem autorização da Fifa ou de pessoa por ela indicada, induzindo terceiros a acreditar que tais marcas, produtos ou serviços são aprovados, autorizados ou endossados pela Fifa. Em tais hipóteses a pena estabelecida é de 3 meses a 1 ano ou multa.

Além disso, incorre na mesma pena quem, sem autorização da Fifa ou de pessoa por ela indicada, vincular o uso de ingressos, convites ou qualquer espécie de autorização de acesso aos eventos a ações de publicidade ou atividade comerciais, com o intuito de obter vantagem econômica.

O *marketing* de emboscada por intrusão é disciplinado no âmbito do art. 33, que explicita as condutas de expor marcas, negócios, estabelecimentos, produtos, serviços ou praticar atividade promocional, não autorizados pela Fifa ou por pessoa por ela indicada, atraindo de qualquer forma a atenção pública nos locais da ocorrência dos eventos, com o fim de obter vantagem econômica ou publicitária. Nestas hipóteses a pena aplicada é de detenção de 3 meses a 1 ano ou multa.

Salienta-se que o teor do art. 34 da Lei Geral da Copa disciplina que todos os crimes acima referidos somente se procedem mediante representação da Fifa. A fixação de multa pode sofrer variações de acordo com as condições financeiras do autor da infração e da vantagem indevidamente auferida – conforme estabelece o art. 35. Além disso, os tipos penas previstos na Lei Geral da Copa terão vigência até o dia 31.12.2014, segundo prescrição do art. 36. O caráter excepcional e transitório dos tipos penais criados pela Lei Geral da Copa está em consonância com o art. 3.º do CP.

6. CONCLUSÃO

A Lei 12.663, de 05.06.2012 – Lei Geral da Copa, bem como as Diretrizes Públicas de Marcas Oficiais da Fifa, estabelecem restrições para a utilização de logotipos, palavras, títulos, símbolos, emblemas, hinos e/ou outras marcas relativas à Copa do Mundo Fifa 2014 por entidades terceiras não autorizadas pela Fifa.

O uso não autorizado de alguma marca oficial do evento poderá configurar violação aos registros de marca, direitos autorais e/ou enriquecimento sem causa. A Fifa invariavelmente poderá propor ações judiciais – com pedido de decisão liminar – para coibir a violação a seus direitos, além do direito à indenização pelos prejuízos e lucros cessantes, incluindo custas judiciais.

Além disso, na esfera criminal, há o risco de se incorrer nos tipos penais criados pela Lei Geral da Copa relativos à utilização indevida de símbolos oficiais: (i) *marketing* de emboscada por associação; e (ii) *marketing* de emboscada por intrusão.

Tais crimes prescrevem pena de detenção de 3 meses a 1 ano ou multa, podendo o valor da multa ser acrescido ou reduzido em até 10 vezes, de acordo com as condições financeiras do autor da infração e da vantagem indevida auferida.

No entanto, existem algumas formas pelas quais uma entidade terceira não autorizada pela Fifa pode se beneficiar da Copa do Mundo sem que se caracterize a utilização indevida de uma marca oficial ou sem que a entidade se associe comercialmente à mesma por meio de campanhas publicitárias.

Não é possível o estabelecimento de uma listagem hermética de termos e símbolos que podem ser utilizados de maneira adequada por entidades não autorizadas pela Fifa. O mais importante a ser refletido no ato de escolha de termos e símbolos se refere à compreensão de que a Copa do Mundo da Fifa é um evento privado, e que por assim ser, a sua referência e exploração pressupõe uma contratação prévia com a entidade.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3. ed. Portugal/Coimbra: Coimbra, 1993.

DELBIN, Gustavo Normanton; VAZQUEZ, Paula Gambini. Comentários à decisão judicial sobre o uso indevido de imagem de jogadores de futebol por editora – “As figurinhas da Copa União 88”. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*. ano 11. n. 22. São Paulo: Ed. RT. jul.-dez. 2012.

FEIGELSON, Bruno. *Direito do entretenimento*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2014.

GARCIA, Flávio Amaral. Aspectos jurídicos da Lei Geral da Copa e suas flexibilizações. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. ano 10. n. 37. abr.-jun. 2012.

Belo Horizonte. Disponível em: [<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=79749>]. Acesso em: 14.01.2014.

MEENAGHAN, T. *Point of view. Ambush Marketing – A Threat to Corporate Sponsorship*. Sloan Management Review, 38, 1994.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Revista Síntese: Direito Desportivo*. ano 1. n. 1. jun.-jul. 2011. São Paulo: IOB, 2011.

SANT'ANNA, Armando. *Propaganda – Teoria – Técnica e prática*. 7. ed. São Paulo: Pioneira Arte Comunicação, 1998.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Copa do Mundo de 2014 no Brasil: breve análise de seus impactos, de Thiago Souza Santana e Gabriela Carvalho Pinto Guimarães – *RBDD 22/223* (DTR\2012\451043);
- Lei geral da Copa: análise crítica acerca das infrações aos princípios e artigos do Código de Defesa do Consumidor, de Thiago Bernardo da Silva e Pedro Henrique Pires – *RBDD 21/357* (DTR\2012\450090);
- Lei Geral da Copa e o direito do torcedor consumidor: violação aos ditames constitucionais e legais, de Joseane Suzart Lopes da Silva – *RDC 85/115* (DTR\2013\481); e
- Marketing de emboscada sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, de Pedro Henrique Ferreira Ramos Marques – *RBDD 20/209* (DTR\2011\5354).

O DIREITO DE FORMAÇÃO APLICADO AO FUTEBOL E AS ALTERAÇÕES DA NOVA LEI 9.615/1998

CHRISTIAN PFEIFER KOELLN

Mestre e Doutorando em Direito Desportivo pela Universidad de Lleida (Espanha) e Institut Nacional d'Eduació Física de Catalunya (Espanha). Pós-graduado em Direito Desportivo pelo Instituto Nacional de Estudos Jurídicos e Empresariais – INEJ/IBDD. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela –PUC-RS.

ÁREA DO DIREITO: Desportivo; Trabalho

RESUMO: O presente trabalho busca trazer um panorama sobre o direito de formação desportiva no Brasil, mais especificamente sob o enfoque do futebol. Com alterações inseridas pela Lei 12.395/2011, a nova Lei 9.615/1998 (Lei Pelé) aprimorou as normas atinentes ao direito de formação, estabelecendo critérios e obrigações mais efetivos para instituto de tamanha importância para os clubes de futebol nacionais, notadamente aqueles que têm maior dependência de receitas oriundas da formação de atletas e que tem nas categorias de base seu principal sustento.

Será rapidamente feito um histórico do direito de formação no país, para então conceituar o direito de formação, melhor dizendo, o contrato de formação desportiva. Os requisitos para habilitar um clube como formador igualmente serão objeto de detida análise, assim como a capacidade (idade mínima) para assinar o contrato de formação desportiva. Cabe a este estudo também abordar os direitos decorrentes da assinatura do contrato de formação desportiva, que são o de assinar o primeiro contrato especial de trabalho desportivo com o atleta em formação, bem como explicar a forma de cálculo da indenização devida no caso de o atleta em formação não assinar o seu primeiro contrato especial de trabalho desportivo com o clube que o formou.

RESUMEN: El presente trabajo busca traer un panorama sobre el derecho de formación deportiva en Brasil, más específicamente bajo el enfoque del fútbol. Con alteraciones inseridas por la Ley 12.395/2011, la nueva Ley 9.615/1998 (Ley Pelé) aprimoró las normas atinentes al derecho de formación, estableciendo criterios y obligaciones más efectivos para instituto tan importante para los clubes de fútbol nacionales, notadamente aquellos que tienen mayor dependencia de receitas oriundas de la formación de futbolistas y que tienen en las categorías de base su principal sustento. Será rápidamente descrito un histórico del derecho de formación en el país, para entonces conceituar el derecho de formación, mejor dicho, el contrato de formación deportiva. Los requisitos para habilitar un club como formador igualmente serán objeto de detenida análisis, así como la capacidad (edad mínima) para firmar el contrato de formación deportiva. Cabe a este estudio también abordar los derechos decurrentes de la firma del contrato de formación deportiva, que son lo de firmar el primer contrato especial de trabajo deportivo con el deportista en formación, así como explicar la forma del cálculo de la indemnización devida en caso de que el futbolista en formación no firme su primer contrato especial de trabajo deportivo con el club que lo ha formado.

Na sequência, é analisado o direito de preferência na primeira renovação do contrato de trabalho. A título comparativo busca-se trazer à discussão, ainda, a indenização por formação em transferências internacionais, instituto previsto no Regulamento sobre o Estatuto e a Transferência de Jogadores da Fifa.

Por fim, o estudo é encerrado com um breve resumo sobre o mecanismo de solidariedade interno (nacional) e o mecanismo de solidariedade internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de formação desportiva – Lei 9.615/1998 – Contrato de formação desportiva – Requisitos do clube formador – Direito de assinatura do primeiro contrato especial de trabalho desportivo – Cálculo da indenização – Direito de preferência na primeira renovação – Indenização por formação – Mecanismo de solidariedade.

A seguir, es analizado el derecho de preferencia en la primera renovación del contrato de trabajo. Como forma comparativa se busca traer a la discusión, aún, la indemnización por formación en transferencias internacionales, instituto previsto en el Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de la Fifa.

Por fin, el estudio es encerrado con un breve resumen sobre el mecanismo de solidaridad interno (nacional) y el mecanismo de solidaridad internacional.

PALABRAS CLAVE: Derecho de formación deportiva – Ley 9.615/1998 – Contrato de formación deportiva – Requisitos del club formador – Derecho de firma del primer contrato especial de trabajo deportivo – Cálculo de la indemnización – Derecho de preferencia en la primera renovación – Indemnización por formación – Mecanismo de solidaridad.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O direito de formação: 2.1 Histórico do direito de formação; 2.2 Conceito de contrato de formação desportiva; 2.3 Requisitos do clube formador; 2.4 Capacidade para assinar o contrato de formação desportiva; 2.5 O direito à assinatura do primeiro contrato especial de trabalho desportivo e do cálculo da indenização; 2.6 Direito de preferência na primeira renovação; 2.7 Indenização por formação em transferências internacionais; 2.8 Do mecanismo de solidariedade interno (nacional) e do mecanismo de solidariedade internacional – 3. Conclusão – 4. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A atividade do atleta de futebol é regulada por legislação especial, qual seja, a Lei 9.615/1998, conhecida também como Lei Pelé, e que foi recentemente alterada de forma significativa pela Lei 12.395/2011, em vigor desde 17.03.2011, além de ter revogado, por completo, a Lei 6.354/1976 (Lei do Atleta Profissional de Futebol), conhecida também como Lei do Passe. Por ser uma lei específica que regula o desporto de uma forma geral, possui peculiaridades aplicáveis somente às relações desportivas. Entre estas peculiaridades se encontra o direito de formação desportiva, que confere aos clubes formadores uma proteção normativa no sentido de garantir-lhes direitos pela formação de atletas. Ao mesmo tempo, para que estes direitos sejam exercidos, os clubes formadores devem cumprir uma série de requisitos, visto que somente o preenchimento de determinados requisitos previstos na Lei 9.615/1998 garantirá se não a permanência do atleta em formação em seu clube, ao menos o recebimento de uma justa indenização.

O direito de formação, embora já previsto na Lei 9.615/1998 antes das recentes modificações levadas a efeito pela supracitada Lei 12.395/2011, foi aprimorado por esta, pormenorizando a regulamentação deste importante direito dos clubes de futebol, principalmente dos clubes pequenos e de médio porte, aqueles que demandam maior proteção em face dos clubes maiores que possuem melhores condições financeiras e em função disso acabam muitas vezes por contratar os atletas em formação destes clubes menores.

Assim, o direito de formação foi aperfeiçoado por normas mais eficazes, garantindo a formalização da relação clube formador-atleta em formação através do chamado contrato de formação desportiva, o qual, após o período de um ano e tendo o atleta já completado 16 anos autoriza o clube a assinar o primeiro contrato especial de trabalho desportivo. E, em não sendo possível firmar este primeiro contrato profissional, ao clube formador está assegurado o recebimento de uma compensação financeira. Ademais, no caso de o clube formador firmar o primeiro contrato de trabalho com o atleta, ainda terá a preferência na primeira renovação.

Vale dizer que a nova redação do art. 29 da Lei 9.615/1998, ademais de ter o intuito de frear a insuficiente proteção normativa que os clubes formadores possuíam, trouxe também um grande avanço ao positivar a garantia da convivência familiar como requisito para o clube ser considerado formador. Sem esquecer de requisitos como a obrigatoriedade de ir à escola, a garantia de assistência médica, apenas para citar alguns.

Assim sendo, no presente estudo busca-se trazer de início um breve histórico do direito de formação, para, a seguir, explicar o mérito do contrato de formação desportiva, o que inclui os requisitos e deveres dos clubes para que sejam considerados formadores, a capacidade do atleta para assinar o contrato de formação desportiva. Consequência lógica da assinatura do contrato de formação é a possibilidade, o direito melhor dizendo, que o clube formador tem de assinar o primeiro contrato especial de trabalho desportivo. Havendo a negativa do atleta exsurge o pleno direito ao recebimento de uma indenização, calculada com base em critérios especificados no art. 29 da Lei 9.615/1998. Sem embargo, em sendo assinado o contrato de trabalho, tem o clube ainda o direito à preferência na primeira renovação.

Por fim, e não menos importante para entender-se o contexto do direito de formação tanto em nível nacional como em nível internacional, o estudo contém breve análise da indenização por formação contida no Regulamento sobre o Estatuto e a Transferência de Jogadores da Fifa, aplicável às transferências internacionais, e, por último, o mecanismo de solidariedade interno (nacional) e o mecanismo de solidariedade internacional previstos no Regulamento sobre o Estatuto e a Transferência de Jogadores da Fifa é explicado como forma de encerrar o estudo dos direitos dos clubes formadores.

2. O DIREITO DE FORMAÇÃO

2.1 *Histórico do direito de formação*

O direito de formação existente na legislação desportivo-brasileira surgiu inicialmente através da Lei 10.672/2003, que veio, entre outros, para complementar a Lei 9.615/1998, cujo texto original não continha previsão a respeito do tema.

Antes disso, importante mencionar que a *Fédération Internationale de Football Association* (Fifa) começou a manejar o tema a partir da edição da Circular 769 do ano de 2001, objetivando, assim, estimular a formação de atletas e estabelecer formas de compensação aos clubes formadores, isto é, criando a possibilidade de compensação financeira.¹ Atualmente o direito de formação, a chamada indenização por formação, está prevista no Regulamento sobre o Estatuto e a Transferência de Jogadores da Fifa em seu art. 20 e também no Anexo 4 do mesmo diploma normativo.

Em vista disso, a Fifa procurou não deixar os clubes formadores desamparados, prevendo, em regra geral, que o atleta em formação que deixa um clube em âmbito internacional e que seja registrado em outro clube, que este novo clube deve pagar uma indenização pela formação com base nos investimentos do antigo clube feitos naquele atleta.

Com o advento da Lei 12.395/2011 alguns pontos do direito de formação se alteraram, o que trouxe uma maior segurança aos clubes formadores, conforme será explicado a seguir.

Desde já é preciso ter em mente que os clubes do Brasil, assim como a maioria dos clubes sul-americanos e dos clubes do chamado terceiro mundo, caracterizam-se por serem clubes formadores, clubes que têm por característica revelar atletas e investir em suas categorias de base. O objetivo é revelar novos talentos para a equipe principal (equipe profissional) que possam em um futuro próximo gerar uma renda que seja capaz de compensar o investimento de vários anos efetuado naqueles atletas.

Essa é a tônica da maioria dos clubes brasileiros, que por muito tempo não se viram em condições de disputar os melhores atletas com o mercado europeu, notoriamente clubes de maior poderio econômico, ainda que nos anos mais recentes o Brasil tenha fortalecido a sua economia a ponto de conseguir manter no Brasil atletas de renome internacional sem que para tanto tenha que vendê-los de imediato.

1. MACIEL, Mariju Ramos. Direito de formação. In: MELO FILHO, Álvaro et al (coord.). *Direito do trabalho desportivo – Homenagem ao Professor Albino Mendes Baptista – Atualizado com a Lei que alterou a Lei Pelé – Lei 12.395 de 16 de março de 2011*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 402.

Um claro exemplo disso é o atleta Neymar, surgido no Santos Futebol Clube, que jogou por quatro anos no futebol profissional do seu clube até que, em julho de 2013, tenha sido vendido ao Futebol Clube Barcelona da Espanha.

Mas, retomando o enfoque do presente estudo, o êxodo de atletas menores sempre ocorreu em larga escala no Brasil, o que fez com que se incluísse na Lei 9.615/1998 o direito de formação, que mais recentemente foi aprimorado com as inovações da Lei 12.395/2011.

Segundo o doutrinador Álvaro Melo Filho,² buscando lograr um justo equilíbrio entre os direitos de indenização dos clubes formadores e a liberdade de escolha de trabalho profissional dos atletas, e, sobretudo com o *animus* de prevenir a prematura “pilhagem de talentos desportivos”, é que foi proposta a inclusão na Lei 9.615/1998 através da Lei 12.395/2011, de um novel sistema de proteção, com razoabilidade e proporcionalidade, para elidir potenciais danos ao clube formador, desdobrado esse sistema em três etapas: (i) Contrato de Formação Desportiva, sem vínculo empregatício, entre clube e atleta, maior de 14 anos e menor que 20 anos e duração ajustada livremente entre as partes (art. 29, §§ 4.º e 6.º); (ii) Direito de preferência para firmar o clube formador o primeiro contrato de trabalho desportivo profissional, com duração máxima de cinco anos (art. 29, *caput*); (iii) Direito de preferência do clube formador para renovar o primeiro contrato de trabalho desportivo profissional, com duração máxima de três anos (art. 29, § 7.º).

Com esta inovadora sistemática de travas jusdesportivas os clubes formadores passam a receber uma proteção jurídica até então incogitada nos textos legais desportivos para estabelecer o futuro desportivo do atleta. O mesmo doutrinador segue sua dissertação referindo que esta proteção se faz buscando proteger com cláusula de natureza reparadora e indenizatória de danos à atividade formativa proporcionada pelo clube, em havendo o desrespeito ao direito de preferência na assinatura do contrato especial de trabalho desportivo.³

Neste diapasão, o direito de formação protege os clubes formadores dos atletas menores de idade, fazendo com que, principalmente os clubes menores, de divisões inferiores, estejam amparados e salvaguardados da atuação muitas vezes ostensiva de clubes maiores e mais fortes economicamente, que invariavelmente buscam novos talentos país afora, atuando muitas vezes de forma a prejudicar os clubes menores nos quais os atletas começaram sua formação. Evita-se, assim, que os clubes formadores não tenham uma mínima garantia de recuperação dos gastos de formação, já que eventual descumprimento do contrato de formação desportiva fará surgir o direito ao recebimento de uma compensação financeira.

2. MELO FILHO, Álvaro. *Nova Lei Pelé – Avanços e impactos*. Rio de Janeiro: Maquinária, 2011. p. 154.

3. *Idem*, *ibidem*.

Ante o exposto, serão desenvolvidos neste trabalho os principais aspectos concernentes ao direito de formação no futebol brasileiro.

2.2 *Conceito de contrato de formação desportiva*

O contrato de formação desportiva insculpido no art. 29 da Lei 9.615/1998, alterada em 2011 a partir da entrada em vigor da Lei 12.395, serve como mecanismo de proteção para os clubes formadores de atletas menores de idade, garantindo uma série de direitos ao mesmo tempo em que obriga estes clubes a preencherem alguns requisitos para validamente serem considerados como tais.

Podemos conceituar o contrato de formação desportiva previsto no § 4.º do art. 29 da Lei 9.615/1998⁴ como sendo o contrato firmado entre clube formador e atleta não profissional em formação (que deve obrigatoriamente ter entre 14 e 20 anos), sem geração de vínculo empregatício, mas podendo receber auxílio financeiro sob a forma de bolsa de aprendizagem, pelo qual ambas as partes ajustam direitos e deveres que a lei prevê para que esta relação jurídica possa ser considerada válida e eficaz para fins de garantir ao atleta condições para a sua formação e, ao mesmo tempo, proteger o clube no sentido de assegurar a este a possibilidade de ser indenizado pelo investimento aplicado.

Ressalta-se que, segundo o § 6.º do art. 29 da Lei 9.615/1998, o contrato de formação desportiva a que se refere o supramencionado § 4.º deverá incluir obrigatoriamente: identificação das partes e dos seus representantes legais, duração do contrato, direitos e deveres das partes contratantes, inclusive com a previsão de garantia de seguro de vida e de acidentes pessoais para cobrir as atividades do atleta contratado, e, por fim, especificação dos itens de gasto para fins de cálculo da indenização com a formação desportiva.

Outro aspecto inovador é aquele disposto no § 12 do art. 29 da Lei 9.615/1998, definindo que a contratação do atleta em formação deverá ser feita diretamente pelo clube formador, sendo, pois, vedada a sua realização por meio de terceiros. A lei impede que agentes, empresários ou procuradores representem atletas em formação perante os clubes, haja vista também a previsão do art. 27-C, que sacramenta serem nulos de pleno direito os contratos firmados pelo atleta ou por seu representante legal com agente desportivo, pessoa física ou jurídica, bem como as cláusulas contratuais ou de instrumentos procuratórios que versem sobre gerenciamento de carreira de atleta em formação com idade inferior a 18 anos.

4. “§ 4.º O atleta não profissional em formação, maior de quatorze e menor de vinte anos de idade, poderá receber auxílio financeiro da entidade de prática desportiva formadora, sob a forma de bolsa de aprendizagem livremente pactuada mediante contrato formal, sem que seja gerado vínculo empregatício entre as partes.”

Para todos os efeitos o contrato deve ser registrado na entidade de administração da respectiva modalidade desportiva, incumbência que é do clube formador, conforme disposto no §13 do art. 29 da Lei 9.615/1998. A Confederação Brasileira de Futebol (CBF) emitiu a Resolução da Presidência (RDP) 2/2012, a qual edita modelo para uso facultativo em Contrato de Formação Desportiva e estabelece normas procedimentais para seu registro. Assim, o art. 2.º da referida resolução estabelece que o contrato de formação desportiva deve obrigatoriamente ser registrado na entidade de administração (federação) a que o clube formador está filiado no prazo máximo de 15 dias úteis após a assinatura e por esta encaminhado à CBF, no prazo de até 5 dias úteis após o seu registro.

A mesma resolução ainda expressa que a assinatura do contrato de formação desportiva deve ser necessariamente precedida da obtenção do certificado de clube formador e apresentação do atestado médico do atleta em formação. Na mesma linha, dispõe que em caso de cancelamento ou revogação do certificado de clube formador, ocorrerá a imediata suspensão dos contratos de formação desportiva de todos os atletas que estejam vinculados a tal clube.

Na mesma linha, Álvaro Melo Filho define o seguinte:

“Perceba-se que o contrato de formação desportiva é aquele celebrado entre o atleta em formação e a entidade de prática desportiva formadora que atenda aos requisitos elencados no art. 29, § 2.º, II, letras *a* a *i*, da *lex sportiva*, exigindo-se, ainda o registro desse contrato na entidade de administração do desporto respectiva (art. 29, § 13). Essa nova tipologia contratual desportiva deve satisfazer às exigências legais arroladas no art. 29, § 6.º. Este contrato, que remunera o atleta com ‘bolsa aprendizagem’ desportiva, não gera vínculo empregatício, podendo ser firmado entre clube e atleta a partir de 14 anos (art. 29, § 4.º), sujeitando-o a um regime de aprendizagem desportiva e desenvolvimento socioeducativo tendo em vista a sua prioritária formação desportiva.”⁵

Acrescenta-se, por fim, que além da previsão de inclusão no contrato de formação desportiva de bolsa aprendizagem para o atleta, também é comum a prática de fazer-se a previsão de licenciamento do uso da imagem do atleta ao clube contratante. O atleta outorga o direito ao uso da imagem ao clube em decorrência da cessão do direito autoral, não caracterizando vínculo empregatício, salário, ou remuneração por serviços prestados, nos termos do art. 87-A da Lei 9.615/1998. Com isso, está o clube formador autorizado a buscar patrocínios mediante a utilização da imagem do atleta, pois o atleta licencia sua imagem para que o clube ou terceiros

5. MELO FILHO, Álvaro. Clubes Formadores: Proteção jusdesportivo-trabalhista. In: _____ et al (coord.). *Direito do trabalho desportivo – Homenagem ao Professor Albino Mendes Baptista – Atualizado com a Lei que alterou a Lei Pelé – Lei 12.395 de 16 de março de 2011*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 71.

a explorem através da vinculação da imagem do atleta a produtos e mercadorias e assim possam obter um retorno financeiro.

Quanto à natureza jurídica da relação atleta menor-clubes formador consubstanciado no contrato de formação desportiva em comento, segundo dicção da própria lei, não há a geração de vínculo empregatício. Nessa temática, é possível comparar o contrato de formação desportiva ao contrato de aprendizagem previsto no art. 428 da CLT. Ainda que inexistente a relação empregatícia, por vedação legal e constitucional, a relação é de direito do trabalho, o que pode ser concluído pela interpretação do supracitado artigo. Destarte, por ser um tipo especial de contrato de trabalho, prevalece a especificidade da norma especial (Lei 9.615/1998), que se sobrepõe ao que define a normal geral (CLT),⁶ uma vez que são aplicáveis todas as regras da legislação geral laboral e da Seguridade Social, ressalvadas as peculiaridades expressas na lei especial (art. 28, § 4.º, da Lei 9.615/1998).

No tópico seguinte serão abordados e explicados os requisitos que os clubes devem observar para que sejam considerados formadores.

2.3 *Requisitos do clube formador*

A Lei 9.615/1998, com as alterações inseridas pela Lei 12.395/2011, descreve uma série de requisitos que devem obrigatoriamente ser cumpridos para que o clube possa ser considerado formador e, principalmente, possa receber a certificação da CBF. Houve algumas mudanças do que anteriormente era exigido para o panorama atual, entre eles a diminuição de dois para um ano do período em que o atleta precisa estar registrado na federação (art. 29, § 2.º, II, *a*). Tal alteração trouxe benefícios principalmente para clubes menores, na medida em que estes tinham dificuldade em manter seus atletas por um período maior de tempo em virtude do inevitável interesse de clubes maiores. Isto é, trata-se de uma alteração que possibilitou abranger, proteger e beneficiar de forma mais efetiva os clubes menores, que em muitas situações se viam sem uma justa indenização pelo investimento realizado em seus atletas.

Uma segunda importante alteração diz respeito à necessidade de utilização do atleta em competições oficiais, na forma do disposto no art. 29, § 2.º, II, *b*. Antes o clube tinha a obrigação de comprovar que efetivamente utilizou o atleta em formação em competições oficiais não profissionais. Agora, esta obrigatoriedade não mais existe, podendo o atleta em formação inclusive somente ser utilizado em competições profissionais. É uma alteração que gera questionamentos em função

6. MIGUEL, Ricardo Georges Affonso. A possibilidade de contratação do atleta menor de futebol. In: MACHADO, Rubens Approbato et al (coord.). *Curso de direito desportivo sistêmico*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. vol. 2, p. 642.

de um possível prejuízo que o atleta em formação possa vir a ter por em tese deixar de jogar e treinar com a sua respectiva categoria na base do clube formador.

Outro aspecto revogado pela Lei 12.395/2011 foi a necessidade de o atleta estar inscrito como não profissional, ou seja, ainda que o atleta já esteja atuando pela equipe profissional de seu clube, se possuir idade inferior a 20 anos será considerado atleta em formação. Assim, mesmo que o atleta, não profissional ou profissional (leia-se com contrato de trabalho e que já esteja jogando pela equipe profissional do clube), possuir idade inferior a 20 anos, ainda será considerado em formação e o clube estará apto a receber indenização.

Por último, a inclusão da garantia de convivência familiar aos atletas em formação também representou importante acréscimo da atual Lei 9.615/1998. De certa maneira, essa garantia reflete disposição que a Constituição Federal de 1988 já previa, segundo dispõe o art. 227.⁷ Vale mencionar que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em seu art. 19 contém previsão semelhante. Portanto, tem-se uma preocupação do legislador com a formação do atleta não somente dentro de campo, aspectos técnicos e táticos, mas também fora dele, buscando garantir o respeito ao convívio familiar, que como se sabe é requisito fundamental para o ser humano.

Ante o exposto, estas são, em linhas gerais, as alterações a serem grifadas quanto ao direito de formação. Sem embargo, de imediato se passa à análise dos requisitos que os clubes devem observar, a fim de que sejam certificados como formadores.

Os requisitos que os clubes devem comprovar para que sejam considerados formadores estão arrolados no § 2.º do art. 29 da Lei 9.615/1998. Veja-se o texto da lei:

“§ 2.º É considerada formadora de atleta a entidade de prática desportiva que:

I – forneça aos atletas programas de treinamento nas categorias de base e complementação educacional; e

II – satisfaça cumulativamente os seguintes requisitos:

a) estar o atleta em formação inscrito por ela na respectiva entidade regional de administração do desporto há, pelo menos, 1 (um) ano;

b) comprovar que, efetivamente, o atleta em formação está inscrito em competições oficiais;

c) garantir assistência educacional, psicológica, médica e odontológica, assim como alimentação, transporte e convivência familiar;

7. “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

d) manter alojamento e instalações desportivas adequados, sobretudo em matéria de alimentação, higiene, segurança e salubridade;

e) manter corpo de profissionais especializados em formação tecnicodesportiva;

f) ajustar o tempo destinado à efetiva atividade de formação do atleta, não superior a 4 (quatro) horas por dia, aos horários do currículo escolar ou de curso profissionalizante, além de propiciar-lhe a matrícula escolar, com exigência de frequência e satisfatório aproveitamento;

g) ser a formação do atleta gratuita e a expensas da entidade de prática desportiva;

h) comprovar que participa anualmente de competições organizadas por entidade de administração do desporto em, pelo menos, 2 (duas) categorias da respectiva modalidade desportiva; e

i) garantir que o período de seleção não coincida com os horários escolares.”

Outro importante requisito é a existência de atestado médico, documento hábil a comprovar que o atleta submeteu-se à avaliação de pré-participação recomendada, encontrando-se apto a participar do programa de treinos, jogos e demais atividades previstas.

De outra parte, ainda que a lei faça uma listagem dos requisitos que os clubes devem obrigatoriamente preencher, não se pode olvidar que os atletas também possuem alguns deveres que são igualmente inseridos no contrato de formação desportiva. Entre estes se cita: cumprir horário de capacitação (treinos, jogos, palestras e afins) programado pelo clube; apresentar-se nas competições desportivas preparatórias e oficiais, nas condições, horários e locais estabelecidos; frequentar as aulas do curso escolar regular em que estiver matriculado informando ao clube a carga horária; não participar de qualquer atividade desportiva sem autorização do clube; utilizar nos jogos, treinos, viagens e concentrações os uniformes oficiais do clube; não participar de qualquer atividade desportiva, salvo prévia e expressa autorização do clube; zelar pela sua saúde, condicionamento e alimentação e respeitando as normas antidopagem, entre outras.

Ademais, inclui-se como principal dever o de firmar com o clube o seu primeiro contrato de trabalho, pois em caso de oposição ou no caso de o atleta vincular-se a outro clube, sem autorização expressa do clube ao qual está vinculado através de contrato de formação desportiva, se sujeita o mesmo ao pagamento do valor indenizatório correspondente a 200 vezes os gastos efetiva e comprovadamente efetuados pelo clube na formação do atleta. Sem adentrar de forma específica no aspecto da indenização, o qual será abordado em item próprio deste estudo, há de se pontuar que pela nova lei os clubes deverão criar mecanismos eficientes de cálculos dos custos gastos com a formação de cada atleta, para que assim seja possível chegar ao montante indenizatório que a lei confere a partir do previsto no inc. II do § 5.º do art. 29 da Lei 9.615/1998.

Portanto, com todos os requisitos do § 2.º do art. 29 cumpridos e documentalmente comprovados, é atingida a finalidade da lei, qual seja, proteger os clubes formadores que investem na formação de atletas por meio da garantia de recebimento de indenização. Por outro lado, a lei solidifica a defesa aos atletas menores de idade ao estabelecer instrumentos de combate à exploração do trabalho de menores de idade no esporte.

Neste diapasão, com vistas a regulamentar o § 3.º do art. 29 da Lei 9.615/1998,⁸ pelo qual cabe à entidade de administração do desporto certificar os clubes como formadores se devidamente atendidos os requisitos anteriormente expostos, a CBF editou a Resolução da Presidência (RDP) 1/2012. Esta resolução estabelece normas e diretrizes para a emissão de Certificado de Clube Formador (CCF) pela CBF e delega às federações estaduais poderes para emitir prévio parecer conclusivo, constante do Anexo I da RDP para fins de certificação referente às suas entidades de prática desportiva filiadas, à vista dos critérios e diretrizes do Anexo II.

O art. 1.º da referida RDP estipula duas categorias de clubes formadores: Categoria “A” para clubes que preencherem requisitos acima das exigências mínimas, concedido com validade máxima de dois anos, e Categoria “B” para clubes que preencherem requisitos mínimos, concedido com validade máxima de um ano. Entendam-se exigências mínimas como as que estão estabelecidas no texto da lei, isto é, clubes que se restringirem apenas ao que a lei prevê receberão o certificado da Categoria “B” e os clubes que cumprirem além das obrigações mínimas receberão o certificado Categoria “A”. O certificado poderá ser cassado ou revogado se o clube deixar de cumprir os requisitos legais ou condições ensejadoras da outorga do certificado. Em sentido oposto, também poderá ser renovado se mantidos os pressupostos que inicialmente implicaram na emissão da certificação.

Inúmeros clubes ainda aguardam a obtenção da certificação, de qualquer sorte, entre os clubes que já receberam a certificação “A” estão o Grêmio Foot-Ball Porto Alegrense, Figueirense Futebol Clube, Sociedade Esportiva Palmeiras, Nova Iguaçu Futebol Clube, América Futebol Clube, Associação Portuguesa de Desportos, Goiás Esporte Clube, Clube Atlético Paranaense, Paraná Clube, Esporte Clube Vitória, entre outros.

Como dito alhures, as federações estaduais serão as entidades responsáveis por elaborar o parecer conclusivo do Anexo I da resolução que servirá de suporte para a concessão do certificado pela CBF. É a federação estadual que irá conferir se o clube postulante à certificação cumpre os requisitos da lei e as diretrizes fixadas no An-

8. “§ 3.º A entidade nacional de administração do desporto certificará como entidade de prática desportiva formadora aquela que comprovadamente preencha os requisitos estabelecidos nesta Lei.”

xo II, que vão desde a presença de comissão técnica até a prestação de assistência médica, respeito ao convívio familiar, entre outros.

A certificação sem dúvida obrigará os clubes a se adequarem a esta realidade no sentido de que atendam as exigências da lei para que assim possam garantir que os seus investimentos tenham um retorno financeiro. Para que os clubes tenham um mínimo de segurança jurídica terão que sustentar uma estrutura adequada para os atletas, visto que somente assim estarão sob o abrigo dos direitos previstos na Lei 9.615/1998.

2.4 Capacidade para assinar o contrato de formação desportiva

Por capacidade para assinar o contrato de formação desportiva tem-se a idade a partir da qual o atleta está apto a firmá-lo. Mas antes disso, é forçoso tecer algumas linhas sobre a idade mínima para o trabalho. A CLT proíbe qualquer tipo de trabalho ao menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz a partir dos 14 anos.

A CF/1988, em seu art. 7.º, XXXIII, contém igual previsão. O ECA, como normativa que dispõe acerca da proteção à criança e ao adolescente, considera criança a pessoa até 12 anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade. O art. 60, tal qual a CLT e a Carta Magna, proíbe o trabalho para menores de 14, exceto se na condição de aprendiz.

A título de informação, em âmbito internacional, a Convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata da idade mínima para admissão em emprego, prevê que a idade não pode ser inferior a 15 anos. Porém, excepcionalmente é admitido que nos Estados-membros, quando necessário à economia e à realidade social, se reduza a idade mínima para 14 anos. A referida convenção foi internalizada no Brasil por meio do Dec. 4.134/2002.⁹

Neste particular, já vimos no presente estudo que no Brasil o atleta somente pode ser profissionalizado a partir dos 16 anos. A previsão da Lei 9.615/1998 assim respeita o que a CLT e a Constituição Federal já previam. Todavia, retomando o foco deste trabalho, o contrato de formação desportiva pode ser assinado assim que o atleta completar a idade de 14 anos. Trata-se de um contrato não profissional, pelo qual o atleta em formação poderá receber auxílio financeiro sob a forma de bolsa de aprendizagem, sem que entre as partes seja gerado vínculo de trabalho, inclusive porque a lei lhe confere garantias como assistência educacional, assistência médica, moradia etc. Portanto, a partir dos 14 anos o atleta está apto

9. ABIDÃO NETO, Bichara; MOTTA, Marcos. O êxodo de jogadores menores e a necessidade de maior proteção a sua formação e transferência. In: BASTOS, Guilherme Augusto Caputo (org.). *Atualidades sobre direito desportivo no Brasil e no mundo*. Dourados: Seriema, 2009. p. 84.

a firmar o contrato de formação desportiva. Esta é a idade mínima para formalmente vincular-se ao clube.

Agrega-se, a título elucidativo, que no âmbito internacional, o Regulamento sobre o Estatuto e a Transferência de Jogadores da Fifa dispõe em seu art. 9.4 que o Certificado Internacional de Transferência (CIT) não pode ser requerido para atletas com idade inferior a 12 anos. Nessa linha, o art. 19 do mesmo regulamento, o qual trata da proteção de menores, prevê que transferências internacionais de atletas somente são permitidas a partir da idade de 18 anos. Exceção se aplica na ocorrência de umas das três seguintes opções: (i) se os pais do atleta se mudarem para o país onde o clube que pretende contratar o atleta menor de idade está localizado por razões de trabalho não relacionadas ao futebol; (ii) se a transferência ocorrer dentro do território da União Européia (UE) ou da Área Econômica Européia (AEE) e o atleta tiver entre 16 e 18 anos, além de o clube ter que preencher as obrigações mínimas constantes do regulamento; ou, (iii) se o atleta viver a não mais do que 50 quilômetros da fronteira de outro país e o clube deste outro país para o qual o atleta pretende se transferir também estiver a uma distância de até 50 quilômetros da fronteira, isto é, a distância entre o domicílio do atleta e a sede do clube não pode superar 100 quilômetros. Ainda, estas condições também devem ser observadas se o atleta nunca foi registrado por um clube anteriormente e sua nacionalidade é distinta do país no qual pretende ser registrado.

Por fim, o apartado 4 do art. 19 prevê que qualquer transferência dentre as situações acima mencionadas deve ser submetida à aprovação da subcomissão designada pela Comissão do Estatuto do Jogador para esta causa. O pedido de aprovação deverá ser apresentado pela associação nacional que pretende inscrever o atleta. Conceder-se-á à associação nacional anterior a oportunidade de apresentar sua manifestação. Dessa forma, toda associação nacional que solicite a expedição de um CTI e/ou realizar a primeira inscrição de um atleta deverá solicitar por primeiro esta aprovação. Em caso de violação, a Comissão Disciplinar da Fifa poderá impor sanções de acordo com o Código Disciplinar da Fifa.

Em síntese, no Brasil o atleta somente pode tornar-se profissional aos 16 anos, ainda que sua transferência para o exterior, de acordo com o Regulamento sobre o Estatuto e a Transferência de Jogadores da Fifa, apenas possa ocorrer aos 18 anos, ressalvadas as hipóteses acima referidas. Esses são os balizamentos legais que regulam, em âmbito nacional e internacional, a idade do atleta, mais especificamente a capacidade para firmar o contrato de formação desportiva, e as regras atinentes à transferência para o exterior.¹⁰

10. Idem, p. 85.

2.5 O direito à assinatura do primeiro contrato especial de trabalho desportivo e do cálculo da indenização

Temos visto reiteradamente que o contrato de formação desportiva visa garantir ao atleta uma série de direitos que o clube legalmente está obrigado a cumprir para que seja certificado como formador. A partir dos 14 anos o clube pode assinar contrato de formação desportiva para lhe assegurar o direito de a partir dos 16 anos firmar o primeiro contrato profissional, ou melhor, o primeiro contrato especial de trabalho desportivo, assim conceituado pela Lei 9.615/1998 depois das alterações editadas pela Lei 12.395/2011.

Nesse sentido, o art. 29, *caput*, da Lei 9.615/1998 prevê que:

“Art. 29. A entidade de prática desportiva formadora do atleta terá o direito de assinar com ele, a partir de 16 (dezesesseis) anos de idade, o primeiro contrato especial de trabalho desportivo, cujo prazo não poderá ser superior a 5 (cinco) anos.”

Estando o atleta em formação registrado por meio de contrato de formação desportiva pelo prazo mínimo de 1 (um) ano na entidade regional de administração do desporto (federação estadual) e preenchidos os requisitos do § 2.º do art. 29, explicados em tópico anterior deste estudo, o clube formador está autorizado a firmar com este atleta, a partir dos 16 anos, o primeiro contrato de trabalho profissional.

Muito embora o art. 30 da Lei 9.615/1998 determine o prazo mínimo de três meses e máximo de cinco anos, no caso do atleta menor de idade que ao completar 16 anos já pode firmar seu primeiro contrato de trabalho profissional, esta norma não produz o efeito autorizado pela lei. Em que pese o art. 29, *caput*, da Lei 9.615/1998, autorizar a celebração do primeiro contrato de trabalho pelo prazo máximo de cinco anos, esta não é a regra a Fifa. De acordo com o art. 18.2 do Regulamento sobre o Estatuto e a Transferência de Jogadores da Fifa, o atleta menor de idade somente está autorizado a celebrar contrato de trabalho profissional pelo prazo máximo de três anos. Vale dizer que as normas internacionais da Fifa são expressamente recepcionadas pelo direito brasileiro no art. 1.º, § 1.º, da Lei 9.615/1998. Isto é, o Brasil como país membro da Fifa, está obrigado a seguir suas normas e diretrizes para participar do futebol profissional federado consubstanciado em uma pirâmide desportiva, onde no topo está situada a Fifa e na base os atletas.

Destarte, se está diante de um impasse entre o que dispõe a legislação nacional e as normas internacionais da Fifa. A CBF, não obstante, como entidade vinculada à Fifa, não registra contrato por período superior a três anos para atleta menor de 18 anos. Pode-se citar como exceção os casos em que haja decisão judicial ou nos casos em que o atleta seja emancipado, o que se opera nos

termos da lei civil, mas essa é uma outra discussão.¹¹ Para a Fifa, no entanto, não interessa a maioria jurídica do atleta; o Regulamento sobre o Estatuto e a Transferência de Jogadores da Fifa não deixa margem para contratos por prazo superior a três anos, a despeito do instituto da emancipação civil e do que prevê a legislação nacional.

Ocorrendo a assinatura do primeiro contrato de trabalho profissional, faz-se a oportuna ressalva de que se o atleta for menor de idade, o pai, a mãe ou o representante legal também deve firmar o contrato.

Vale registrar também que se trata de opção celebrar o primeiro contrato de trabalho aos 16 anos. A lei diz que apenas é obrigatório a partir dos 20 anos, sob pena de o atleta não poder participar de competições entre profissionais, segundo o art. 43 da Lei 9.615/1998.

De qualquer sorte, trata-se de uma faculdade do clube de a partir dos 16 anos do atleta propor a assinatura de um contrato de trabalho. Sem embargo, uma vez proposta a assinatura o atleta não poderá recusá-la. Caso isso venha a ocorrer, nasce para o clube formador o direito ao recebimento de uma indenização de 200 vezes o valor gasto comprovadamente com a formação do atleta (art. 29, § 5.º, II), gastos estes listados no § 4.º do art. 29 da Lei 9.615/1998. O clube não pode impor que o atleta assine o contrato de trabalho, pois este tem o direito de recusar-se a assinar o contrato de trabalho, conduta fundamentada na autonomia da vontade e principalmente no livre exercício da profissão, disposto no art. 5.º, XIII, da CF/1988.

O clube, todavia, está amparado com uma justa indenização, uma vez que esta compensação pecuniária servirá para amortizar os custos do clube formador. Segundo definição de Álvaro Melo Filho, o que a lei fez foi converter a obrigação de fazer em obrigação de indenizar o clube formador. Nesta linha de raciocínio, a apuração dos custos de formação obedecerá aos transparentes critérios e parâmetros estabelecidos na Lei 9.615/1998, notadamente os itens de gastos que irão integrar o cálculo da indenização.¹²

O direito de formação titulariza o clube a ser indenizado por todos os gastos efetuados com a preparação, alimentação, educação e instrução técnica e tática de um atleta não profissional e pela perda da chance de obter ganhos econômicos quando o atleta não profissional passar a atuar em outro clube, com ou sem consentimento do clube formador.¹³

11. CARLEZZO, Eduardo. Riscos jurídicos no processo de formação de atletas. Disponível em: [www.carlezzo.com.br/artigos_pub_int.asp?codigo=99&pagina=]. Acesso em: 25.07.2013.

12. MELO FILHO, Álvaro. *Nova Lei Pelé...* cit, p. 156.

13. *Idem*, p. 152.

O doutrinador espanhol Emilio Garcia Silvero entende que:

“Es sabido que la mayor parte de los clubes profesionales deportivos atienden, de una manera u otra, a lo que con generalidad se viene denominado cantera. De ésta forman parte, principalmente, los jóvenes deportistas que son formados en los equipos inferiores del club a lo largo de varios años, y de los que el formador espera obtener una rentabilidad, pues constituye una actividad de inversión bien dirigida a nutrir la propia plantilla evitando gastos por la adquisición de deportistas de fuera.”¹⁴

Há de se ter claro que os clubes formadores têm o objetivo de receber uma indenização, de obter uma rentabilidade, a partir de uma negativa de seguimento de seus atletas em formação nos clubes. Desse modo, esperam ter um retorno ao investimento aplicado durante os anos de formação do atleta, esta é a finalidade do direito de formação.

Relembrando-se que o atleta em formação deve estar registrado pelo clube há no mínimo um ano para que possa ter direito a pleitear uma indenização.

Nesse sentido o art. 29, § 5.º, da Lei 9.615/1998:

“§ 5.º A entidade de prática desportiva formadora fará jus a valor indenizatório se ficar impossibilitada de assinar o primeiro contrato especial de trabalho desportivo por oposição do atleta, ou quando ele se vincular, sob qualquer forma, a outra entidade de prática desportiva, sem autorização expressa da entidade de prática desportiva formadora, atendidas as seguintes condições:

I – o atleta deverá estar regularmente registrado e não pode ter sido desligado da entidade de prática desportiva formadora;

II – a indenização será limitada ao montante correspondente a 200 (duzentas) vezes os gastos comprovadamente efetuados com a formação do atleta, especificados no contrato de que trata o § 4.º deste artigo;

III – o pagamento do valor indenizatório somente poderá ser efetuado por outra entidade de prática desportiva e deverá ser efetivado diretamente à entidade de prática desportiva formadora no prazo máximo de 15 (quinze) dias, contados da data da vinculação do atleta à nova entidade de prática desportiva, para efeito de permitir novo registro em entidade de administração do desporto.”

Se o atleta se opuser a assinar o primeiro contrato de trabalho com o clube formador ou ainda se o atleta vincular-se a outro clube, surgirá para aquele o direito de ser indenizado, conforme já expressado. Nessa temática, o terceiro clube é solidariamente responsável com o atleta pelo pagamento da indenização, é o que dispõe o inc. III do § 5.º do art. 29. O mesmo dispositivo legal segue trazendo a previsão de

14. GARCÍA SILVERO, Emilio A. *La extinción de la relación laboral de los deportistas profesionales*. Pamplona: Thomson, 2008. p. 139.

que o pagamento da indenização deverá ser efetivado diretamente ao clube formador no prazo máximo de 15 dias, contados da data da vinculação do atleta à nova entidade de prática desportiva, para efeito de permitir novo registro em entidade de administração do desporto. Sem o pagamento da indenização o atleta está impedido de ser registrado por um novo clube, o que lhe impedirá de trabalhar.

Em que pese tratar-se de uma previsão que de certa forma limita o livre exercício da profissão, há de se considerar neste contexto que o clube formador tem o justo direito e a justa expectativa de que o atleta em formação firme o primeiro contrato de trabalho pela entidade de prática desportiva que o formou. Principalmente pelo largo investimento feito, o clube precisa de uma mínima garantia legal que possa servir de suporte para uma futura perda desse atleta para outro clube de maior capacidade econômica, que por sua vez terá economizado tal investimento.

A lei diz que a compensação pecuniária não pode exceder a 200 vezes o valor gasto comprovadamente com a formação do atleta no caso de ser brasileiro o clube contratante do atleta em detrimento do clube formador. Sem embargo, se o atleta assinar o primeiro contrato de trabalho com um clube estrangeiro, o montante da indenização não possui limites, por aplicação analógica do art. 28, § 1.º, II. Nessa hipótese, o valor da indenização por formação, constante do art. 20 do Regulamento sobre o Estatuto e a Transferência de Jogadores da Fifa, é calculado multiplicando-se o número de anos de formação pelo valor indenizatório anual dos custos de formação, que são obtidos a partir da classificação dos clubes, por parte das confederações continentais, em um máximo de quatro categorias, segundo dispõe o art. 4 combinado com o art. 5 do Anexo 4 do Regulamento sobre o Estatuto e a Transferência de Jogadores da Fifa. Aqui o clube contratante, se terceiro estranho à relação atleta em formação-clube formador, será solidariamente responsável pelo pagamento da indenização.

Portanto, em linhas gerais, o clube formador tem o justo direito de firmar o primeiro contrato de trabalho com o atleta em formação.

2.6 *Direito de preferência na primeira renovação*

Ultrapassada a explanação concernente ao direito de assinatura do primeiro contrato de trabalho, importante registrar que o clube formador também possui o direito de preferência na renovação do contrato do atleta pelo período de até três anos (art. 29, § 7.º, da Lei 9.615/1998).¹⁵

15. “§ 7.º A entidade de prática desportiva formadora e detentora do primeiro contrato especial de trabalho desportivo com o atleta por ela profissionalizado terá o direito de preferência para a primeira renovação deste contrato, cujo prazo não poderá ser superior a 3 (três) anos, salvo se para equiparação de proposta de terceiro.”

O direito de preferência é mais um direito que protege o clube formador, no sentido de garantir a renovação do contrato de trabalho ou de, em caso de negativa do atleta, receber uma compensação pecuniária, cujo pagamento será de responsabilidade do clube que contratou o atleta. Vale dizer que se o atleta receber propostas de mesmas condições tanto de seu atual clube, como de terceiro clube, e o atleta optar por firmar contrato de trabalho com um novo clube, este contrato de trabalho poderá ser firmado pelo prazo de até cinco anos, e não apenas três anos.

Segundo Eduardo Carlezzo:

“Uma das inovações significativas da lei foi a regulamentação do exercício do direito de preferência para a renovação do primeiro contrato especial de trabalho desportivo feito com o atleta. A norma anterior, muito embora consagrasse este direito, não explicava como poderia ser o mesmo exercido, o que gerava grande angústia dentro dos clubes e incertezas em ações judiciais.”¹⁶

Sinale-se que para que o clube tenha direito a exercer o direito de preferência na renovação do primeiro contrato especial de trabalho desportivo, deverá obrigatoriamente seguir os procedimentos estabelecidos em lei. Nessa linha, o clube formador deverá apresentar uma proposta de renovação ao atleta em até 45 dias antes do término do primeiro contrato assinado.

Ao mesmo tempo a federação estadual deverá ser cientificada da proposta realizada ao atleta, indicando as novas condições contratuais e os salários ofertados. Na sequência, o atleta deve apresentar resposta ao clube formador, de cujo teor deverá ser informada igualmente a referida federação estadual, no prazo de 15 dias contados da data do recebimento da proposta, sob pena de aceitação tácita. Esta sequência de procedimentos jurídicos está prevista no § 8.º do art. 29 da Lei 9.615/1998.

Já o § 9.º do mesmo artigo refere que se um terceiro clube resolve ofertar proposta mais vantajosa ao atleta, deve tal proposta ser apresentada ao clube formador. Da mesma forma, o clube proponente deve informar à federação estadual acerca da proposta efetuada. A partir do recebimento das condições contratuais ofertadas ao atleta por este terceiro clube, o clube formador poderá, no prazo máximo de 15 dias, comunicar se exercerá o direito de preferência nas mesmas condições da proposta oferecida ao atleta.

Verifica-se que o clube não formador apresenta ao clube formador do atleta sua proposta formal, explicitando todos os aspectos relativos ao contrato de trabalho, tais como tempo de contrato, remuneração, valor da cláusula indenizatória desportiva e da cláusula compensatória desportiva, entre outros. Desse modo, tal dispositivo da *lex sportiva* oportuniza ao clube formador apresentar proposta igual à do proponente, exercendo, neste momento, sua preferência. Por isso, o disposto no

16. CARLEZZO, Eduardo. *Riscos jurídicos...* cit.

inc. I do parágrafo supracitado, para assegurar que o clube formador, responsável pela evolução do atleta, arcando com os custos deste trabalho, possa ter a preferência na manutenção do atleta.

Buscando tornar o procedimento mais claro e transparente para todas as partes envolvidas, o § 10 expõe que a federação estadual tem o dever legal de publicar o recebimento das propostas em seus meios oficiais de divulgação. O prazo é de cinco dias contados da data do recebimento do protocolo.

Por último, se o clube formador ofertar proposta em igualdade de condições ao terceiro clube e o atleta se opõe à renovação do primeiro contrato de trabalho, aquele tem o direito de exigir deste uma indenização correspondente a no máximo 200 vezes o valor do salário mensal que consta na proposta. Tal previsão se encontra disposta no § 11 do art. 29 da Lei 9.615/1998 e protegendo os clubes formadores contra a saída prematura dos atletas e sem qualquer compensação financeira.

Através do direito de preferência à renovação do primeiro contrato especial de trabalho desportivo e das alterações incluídas pela Lei 12.395/2011, buscou-se proteger o clube formador para que tivesse a possibilidade de manter o atleta em seu elenco e ao mesmo tempo visou-se não restringir a liberdade de trabalho do atleta. As alterações tiveram como norte o equilíbrio dos interesses em jogo de ambas as partes.

2.7 Indenização por formação em transferências internacionais

O direito de formação até então detalhado confere aos clubes formadores brasileiros o direito de manutenção dos seus atletas em formação ou o recebimento de uma justa indenização no caso de o atleta negar-se a assinar o primeiro contrato de trabalho com o clube formador. As alterações levadas a cabo pela Lei 12.395/2011 trouxeram uma maior proteção aos clubes formadores, na medida em que criaram mecanismos que buscam evitar uma exacerbada competição pelos atletas menores de idade por parte dos clubes mais ricos, os quais “tiravam” dos clubes menores e mais pobres os seus atletas, sem que estes pudessem ter um mínimo retorno ao investimento realizado. Quer dizer, fez-se necessário proteger os clubes formadores, que além de terem a expectativa de recompensa, são aqueles que de fato exercem uma função sócio-educativa em relação a estes atletas em formação.

Em paralelo a esta normativa concernente ao direito de formação brasileiro já existia em âmbito internacional desde o ano de 2001 o direito de formação, chamado de indenização por formação. Este instituto foi criado pela Fifa com a edição da Circular 769, estimulando a formação de atletas e estabelecendo formas de compensação aos clubes formadores por meio de compensação financeira. A indenização por formação está prevista no Regulamento sobre o Estatuto e a Transferência de Jogadores da Fifa em seu art. 20 e também no Anexo 4 do mesmo diploma normativo.

A indenização por formação serve principalmente para amparar clubes do Terceiro Mundo, que notadamente são clubes formadores de atletas que em inúmeras situações são transferidos para clubes europeus ainda muito jovens. A realidade dos clubes de países sul-americanos ou africanos, considerados reveladores de talentos, é distinta da maioria dos clubes europeus, que não possuem a estrutura da maioria dos clubes da Europa, fazendo com que muitos atletas ainda jovens deixem os clubes nestes países em busca de uma estrutura melhor.

Em vista desse contexto, a Fifa, com justiça, não deixou tais clubes formadores desamparados, prevendo que, em regra geral, o atleta em formação que deixa um clube em âmbito internacional e se registre em outro, este novo clube deve pagar uma indenização pela formação com base nos investimentos do antigo clube para com tal atleta.

O art. 1 do Anexo 4 do Regulamento sobre o Estatuto e a Transferência de Jogadores da Fifa explica que a formação e a educação de um atleta se realiza entre os 12 e os 23 anos. Por regra, a indenização por formação será paga até a idade de 23 anos pela formação efetuada até os 21 anos de idade, a menos que seja evidente que um atleta tenha terminado seu processo de formação antes de completar 21 anos. Em tal caso, a indenização por formação será paga até o final da temporada na qual o atleta complete 23 anos, porém o cálculo do montante de indenização a ser pago será baseado nos anos compreendidos entre os 12 anos e a idade na qual o atleta tenha concluído efetivamente sua formação.

A indenização por formação, de acordo com o art. 2 do Anexo 4 é devida, portanto, em transferências internacionais, isto é, onde haja a presença de um elemento estrangeiro (atleta e clube de nacionalidades distintas), se pagará ao clube ou clubes formadores de um atleta: (i) quando um atleta firma seu primeiro contrato de trabalho sendo inscrito pela primeira vez como profissional por uma associação nacional distinta da qual provém, e (ii) por cada transferência de um atleta profissional entre associações nacionais distintas (durante a vigência do contrato ou após o seu término) até o fim da temporada na qual complete 23 anos. A obrigação de pagar a indenização por formação surge ainda que a transferência se efetue durante ou ao término do contrato.

Na primeira hipótese, todos os clubes que contribuíram para a formação do atleta deverão ser indenizados. Em todos os clubes nos quais o atleta esteve registrado (de acordo com o histórico da carreira do atleta que figura em seu passaporte esportivo) desde a temporada na qual completou 12 anos serão indenizados. A quantia devida será calculada *pro rata*, em função do período de formação do atleta com cada clube. Já na segunda, o pagamento da indenização por formação será devida apenas para o último clube no qual o atleta jogou, e não para todos os que contribuíram para sua formação. A indenização será devida pelo tempo que o atleta efetivamente treinou no clube. Importante referir que o novo clube

tem o prazo de 30 (trinta) dias após o registro do atleta pela nova associação nacional para efetuar o pagamento da indenização por formação, sob pena de sofrer sanções disciplinares.

A indenização por formação não será devida em três casos: (i) se o clube anterior rescinde o contrato do atleta sem justa causa (sem prejuízo dos direitos dos clubes anteriores); (ii) se o atleta é transferido a um clube da 4.^a categoria; ou, (iii) se o atleta profissional reassume a condição de atleta amador ao realizar a transferência.

Para que o novo clube possa identificar os clubes que contribuíram para a formação do jogador, isto é, para aqueles que deverá pagar a indenização por formação, deve possuir o chamado passaporte profissional do atleta, que é um documento emitido pelas associações nacionais determinando os clubes, tempo de permanência em cada clube e com qual idade este atleta fora registrado nestes clubes. Com base nisso, o novo clube poderá calcular e distribuir o valor pela formação do atleta.

Questão interessante surge quando não é possível estabelecer-se um vínculo entre o atleta e os clubes que o formaram. Neste caso, a associação nacional terá direito a receber a indenização por formação, que originalmente seria devida a um de seus clubes afiliados, e desde que esta consiga prova irrefutável de que o clube no qual o atleta profissional esteve inscrito e se formou já não mais participa do futebol organizado e/ou não mais existe, seja por motivo de falência, liquidação, dissolução ou perda da condição de afiliado. Esta indenização será destinada a programas de desenvolvimento do futebol juvenil desta associação nacional ou associações nacionais.

Para calcular-se a indenização referente aos custos de formação e educação (art. 4 do Anexo 4) as associações nacionais classificarão os seus clubes em um máximo de quatro categorias, de acordo com os investimentos financeiros na formação de atletas. Essa categorização é atualizada anualmente através da edição de uma Circular. A edição atual é a Circular 1.354, de 03.05.2013. A Fifa estabelece os valores de cada categoria, que variam de €90.000 na categoria I até US\$ 2.000 na categoria IV, bem como em quais categorias (de I a IV) as associações nacionais podem alocar os seus clubes.

A *Confederación Sudamericana de Fútbol* (Conmebol) e a *Union of European Football Associations* (Uefa), por exemplo, são as únicas confederações cujas associações nacionais podem classificar clubes na categoria I. Mas a categorização de cada clube em específico é feita pela associação nacional a que pertencem. Acrescente-se que os custos de formação estabelecidos por confederação para cada categoria de um clube, assim como a categorização de clube feita por cada associação nacional, são atualizados ao final de cada ano civil. Veja-se a tabela de valores da referida Circular:

Confederação	Categoria I	Categoria II	Categoria III	Categoria IV
AFC		US\$ 40.000	US\$ 10.000	US\$ 2.000
Caf		US\$ 30.000	US\$ 10.000	US\$ 2.000
Concacaf		US\$ 40.000	US\$ 10.000	US\$ 2.000
Conmebol	US\$ 50.000	US\$ 30.000	US\$ 10.000	US\$ 2.000
OFC		US\$ 30.000	US\$ 10.000	US\$ 2.000
Uefa	€ 90.000	€ 60.000	€ 30.000	€ 10.000

Assim, os custos de formação não são calculados para cada clube individualmente, de qualquer sorte todos os clubes são classificados em categorias pelas associações nacionais, dependendo do tipo e da qualidade de investimento na formação dos jovens atletas. Os custos de formação se estabelecem para cada categoria e correspondem ao montante despendido para formar um atleta durante um ano, multiplicado por um “fator jogador”, que é a relação entre o número de atletas que devem ser formados e treinados para produzir-se um atleta profissional.

Para calcular-se a indenização por formação para o clube ou os clubes anteriores é necessário considerar os gastos que o novo clube teria se tivesse formado o atleta. A regra está posta desta forma para evitar que grandes clubes contratem jovens atletas de outros países, apenas porque os custos de formação são menores. Clubes economicamente mais fortes terão de pagar uma indenização por formação maior, protegendo-se, assim, os clubes menores que serão recompensados com um valor mais expressivo.

Por conseguinte, na primeira vez que um atleta é inscrito como profissional, a indenização por formação se calcula com os custos de formação da categoria do novo clube multiplicados pelo número de anos de formação, em princípio, a partir da temporada na qual o atleta completou 12 anos até a temporada em que completa 21 anos. Em contrapartida, em caso de transferências subsequentes, a indenização por formação se calcula com os custos de formação da categoria do novo clube multiplicados pelo número de anos de formação no clube anterior.

Para garantir que a indenização por formação de atletas muito jovens não seja fixada em patamares desarrazoados e altos, os custos de formação de atletas de 12 a 15 anos de idade, isto é, quatro temporadas, serão calculados de acordo com os custos de formação e educação de clubes da quarta categoria. Essa exceção não será aplicável em caso de que o fato que dê origem ao direito a uma indenização por formação (quando um atleta é inscrito pela primeira vez como profissional ou em caso de transferência entre associações nacionais distintas antes de finalizar a temporada de seu 23.º aniversário) ocorra antes de terminar a temporada em que o atleta completar 18 anos.

Caso o montante da indenização estiver em valores desproporcionais (muito baixos ou muito altos), tanto o novo clube como o clube anterior ou os clubes anteriores podem requerer uma revisão do cálculo. Esse pedido é feito perante a Câmara de Resolução de Disputas (CRD), que então poderá determinar um ajuste no valor.

Por derradeiro, existem previsões específicas em ocorrendo a transferência de jovens atletas dentro do âmbito europeu. A indenização por formação neste caso será calculado da seguinte maneira: (i) se o atleta se transfere de um clube de categoria inferior a outro de categoria superior, o cálculo será realizado de acordo com os gastos médios dos custos de formação de ambos os clubes; (ii) se o atleta se transfere de um clube de categoria superior a um de categoria inferior, o cálculo será realizado conforme os custos de formação do clube de categoria inferior. Ademais, no território europeu, a temporada final de formação pode realizar-se antes da temporada na qual o atleta complete 21 anos de idade, se comprovado que o atleta completou sua formação antes desse período.

2.8 *Do mecanismo de solidariedade interno (nacional) e do mecanismo de solidariedade internacional*

O mecanismo de solidariedade, originalmente um instituto previsto no Regulamento sobre o Estatuto e a Transferência de Jogadores da Fifa, desde a edição da Lei 12.395/2011 também passou a ser internalizado no direito pátrio através do art. 29-A da Lei 9.615/1998. Com o propósito de beneficiar os clubes formadores de atletas, a Fifa criou uma forma de compensá-los financeiramente. O mecanismo de solidariedade tem dois principais propósitos: fomentar a formação de jovens atletas por parte dos clubes e promover uma maior distribuição das receitas que são geradas com as transferências de atletas. Com isso, um percentual de todos os valores pagos pelas transferências internacionais dos atletas é destinado aos clubes que participaram da formação destes atletas, conforme previsto no art. 21 e no Anexo 5 do Regulamento sobre o Estatuto e a Transferências de Jogadores da Fifa.¹⁷

O jurista Álvaro Melo Filho faz apropriada distinção:

“A indenização por formação é devida nas transferências realizadas até os 23 anos de idade e distribuída diretamente aos clubes formadores do atleta, ao passo que o mecanismo de solidariedade representa um *plus* percentual sobre o valor da indenização paga ao clube anterior, a ser repartido entre os clubes que efetivamente participaram e deram contributo à formação, mesmo nas transferências internacionais efetuadas após ter o atleta completado 23 anos de idade.”¹⁸

17. CARLEZZO, Eduardo. *Direitos de formação – mecanismo de solidariedade*. Disponível em: [\[www.carlezzo.com.br/pt/ler-publicacao.php?id=9\]](http://www.carlezzo.com.br/pt/ler-publicacao.php?id=9). Acesso em: 04.10.2013.

18. MELO FILHO, Álvaro. *Nova Lei Pelé...* cit., p. 175.

Rafael Teixeira Ramos acrescenta em linhas gerais que a ferramenta da formação significa a recompensa financeira pelos investimentos do clube formador do atleta, isto é, a compensação econômica do clube de origem do atleta. Já o mecanismo de solidariedade é uma distribuição de renda às entidades formadoras de prática desportiva, anteriores ao clube de destino na cadeia de negociação do atleta, desde os 12 anos até a idade limite de 23 anos.¹⁹

Para os clubes formadores o mecanismo de solidariedade representa uma possibilidade de auferir renda extra, visto que em cada transferência de atletas estes clubes acabam por receber uma quantia considerável para investir na infraestrutura e na formação de seus elencos, sobretudo quando esta transferência é de atletas mundialmente conhecidos e por milhões de dólares ou euros.

Não é demasiado referir que o mecanismo de solidariedade virou uma mina de ouro para os clubes,²⁰ visto que inúmeros clubes de pequeno porte, muitas vezes desconhecidos, encontram no mecanismo de solidariedade a possibilidade de receber valores em função de terem participado da formação de determinado atleta. Cita-se como exemplo o atleta Anderson, que iniciou sua carreira profissional no Grêmio Foot-Ball Porto Alegrense, hoje atleta do clube *Manchester United Football Club* da Inglaterra, mas que começou no Clube Escola Desportiva Mont'Serrat de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, clube que teve direito ao recebimento do mecanismo de solidariedade. Outro exemplo é o atleta Hulk, que joga no *Zenit Football Club*, cuja transferência do Futebol Clube do Porto para o clube russo rendeu o recebimento do mecanismo de solidariedade ao clube Grêmio Recreativo Serrano da cidade de Campina Grande, Paraíba. O Sport Club Corinthians Paulista recebeu expressiva verba devido à venda do atleta Willian do *Football Club Shakhtar Donetsk* da Ucrânia para o clube russo *Football Club Anzhi Makhachkala*.

Assim, o mecanismo de solidariedade é uma forma de compensação pecuniária devida aos clubes formadores pelo novo clube do atleta, sempre que se materializar a transferência de um atleta profissional, durante a vigência de seu contrato de trabalho, independentemente de sua idade. Foi criado com o escopo de promover e incentivar a formação de atletas, bem como proteger os clubes formadores.

O doutrinador Ricardo Frega Navía conceitua o mecanismo de solidariedade com a seguinte definição:

“El Reglamento Fifa incorpora paralelamente (luego de la sentencia Bosman) un muy interesante sistema de financiación y equilibrio económico dentro del universo de los clubes de fútbol en el ámbito internacional (y que deberán ser incorporados en el plano nacional), y que denominó como el instituto del ‘mecanismo de

19. RAMOS, Rafael Teixeira apud MELO FILHO, Álvaro. *Nova Lei Pelé...* cit., p. 175.

20. RICHMOND, Klaus. Caçadores de solidariedade. *Revista Placar*. n. 1376. São Paulo, mar. 2013.

solidaridad', que básicamente consiste en que el club de destino en la transferencia de un futbolista (sea cual fuere su edad), y que produzca evidentemente antes de la finalización del contrato de trabajo en vigor, deberá retener el equivalente a 5% del monto pactado para ella, configurando un fondo solidario, cuyos beneficiarios serán obligadamente en forma proporcional los clubes formadores del jugador en su etapa de los 12 a 23 años. Por tanto, aquel momento o etapa formativa despliega sus efectos hasta la finalización de la carrera del deportista, formándose un derecho en expectativa para los clubes formadores que nacerá una vez cumplida la condición suspensiva de que se acuerde cualquier transferencia durante la vida laboral de ese jugador.”²¹

Diz o art. 21 do Regulamento sobre o Estatuto e a Transferência de Jogadores da Fifa que se um atleta profissional é transferido antes do vencimento de seu contrato, o clube ou os clubes que contribuíram para sua educação e formação receberão uma porcentagem da indenização/compensação paga ao clube anterior (contribuição de solidariedade). O art. 1 do Anexo 5 estabelece que no caso de um atleta profissional ser transferido durante a vigência de seu contrato, 5% do valor da cessão paga ao clube cedente, ressalvado a indenização por formação, será deduzida com a finalidade de ser distribuída pelo novo clube (clube cessionário) como mecanismo de solidariedade entre o clube ou os clubes que formaram e educaram o atleta.

Essa contribuição de solidariedade é realizada proporcionalmente, em função do número de anos que o atleta esteve inscrito em cada clube durante as temporadas compreendidas entre a idade de 12 e 23 anos, da seguinte forma:

- Temporada do 12.º aniversário: clube recebe 5% (0,25% da indenização total)
- Temporada do 13.º aniversário: clube recebe 5% (0,25% da indenização total)
- Temporada do 14.º aniversário: clube recebe 5% (0,25% da indenização total)
- Temporada do 15.º aniversário: clube recebe 5% (0,25% da indenização total)
- Temporada do 16.º aniversário: clube recebe 10% (0,5% da indenização total)
- Temporada do 17.º aniversário: clube recebe 10% (0,5% da indenização total)
- Temporada do 18.º aniversário: clube recebe 10% (0,5% da indenização total)
- Temporada do 19.º aniversário: clube recebe 10% (0,5% da indenização total)
- Temporada do 20.º aniversário: clube recebe 10% (0,5% da indenização total)
- Temporada do 21.º aniversário: clube recebe 10% (0,5% da indenização total)
- Temporada do 22.º aniversário: clube recebe 10% (0,5% da indenização total)
- Temporada do 23.º aniversário: clube recebe 10% (0,5% da indenização total)

21. FREGA NAVÍA, Ricardo y MELO FILHO, Álvaro. *Derecho Deportivo Nacional e Internacional*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007. p. 106.

Os requisitos, portanto, para que um clube tenha direito ao recebimento do mecanismo de solidariedade são: transferência onerosa e transferência internacional de atleta profissional de futebol. Para que possam requerer sua parte no rateio da porcentagem de 5% do valor da transferência os clubes formadores devem estar atentos à presença dos supracitados requisitos.

Toda vez que operada uma transferência internacional 5% do valor arrecadado com a transferência será destinado aos clubes formadores do atleta. A divisão do valor será proporcional entre os clubes nos quais o atleta esteve registrado entre os 12 e os 23 anos de idade.

Neste diapasão, o mecanismo de solidariedade será devido pelo novo clube aos clubes formadores do atleta profissional, desde que haja contrato de trabalho em vigor, o qual a partir de uma transferência será rompido mediante o pagamento de uma compensação/indenização. Este esclarecimento é de extrema importância considerando que no caso de o atleta transferir-se a outro clube após o encerramento do seu vínculo laboral, o ex-clube não receberá qualquer tipo de indenização, não havendo valor a ser distribuído sob a rubrica do mecanismo de solidariedade.

Convém aduzir, ainda, que o mecanismo de solidariedade não é devido apenas nas hipóteses de transferências definitivas, mas também no caso de a transferência ser temporária (empréstimos). Em realidade, independentemente do tempo que o atleta esteve registrado por determinado clube, esse clube terá o direito a receber o mecanismo de solidariedade.

O pagamento do mecanismo de solidariedade, disposto no art. 2.º do Anexo 5 do Regulamento sobre o Estatuto e a Transferência de Jogadores da Fifa, deverá ser feito pelo clube contratante do atleta no prazo de até 30 dias após a inscrição (registro) do atleta. No caso de o pagamento ser de forma parcelada, o prazo é de 30 dias depois da data dos pagamentos parciais.

É responsabilidade do novo clube calcular o montante da contribuição de solidariedade e distribuí-lo conforme o histórico da carreira do atleta, tal como figura no passaporte do atleta. Se necessário, o atleta assistirá o novo clube para cumprir com esta obrigação (art. 2.2 do Anexo 5 do Regulamento sobre o Estatuto e a Transferência de Jogadores da Fifa).

Na prática raramente ocorre de os clubes devedores do mecanismo de solidariedade pagarem o mesmo no prazo de 30 dias acima referido. Com isso, os clubes formadores acabam tendo que pleitear o pagamento através de um processo a ser interposto perante a Câmara de Resolução de Disputas da Fifa.

Uma associação nacional terá direito a receber a porcentagem do mecanismo de solidariedade, a qual em princípio seria devida a um de seus clubes afiliados, desde que consiga prova irrefutável de que o clube no qual o atleta profissional se formou e foi educado já não mais participa do futebol organizado e/ou não mais existe, seja por motivo específico de falência, liquidação, dissolução ou perda da condição de

afiliado, destinando-se a referida contribuição a programas e projetos de desenvolvimento do futebol juvenil da associação ou associações em questão.

Por último, a Comissão Disciplinar da Fifa poderá impor medidas disciplinares aos clubes que não cumprirem com as obrigações estipuladas no Anexo 5.

Atento a este importante instituto aplicável ao mundo do futebol, a Lei 12.395/2011, de forma inovadora, trouxe o mecanismo de solidariedade ao âmbito interno. Isto é, antes adstrito às transferências internacionais, o mecanismo de solidariedade foi instituído internamente no nosso país, às transferências internas de atletas, fortalecendo a proteção aos clubes formadores de atletas.

Previsto no art. 29-A da Lei 9.615/1998, o mecanismo de solidariedade compensa aqueles clubes que participaram da formação do atleta no período dos 14 aos 19 anos. De certa forma, minimiza eventuais perdas que os clubes que contribuíram para a formação do atleta tiveram, pois garante o recebimento de um percentual do valor da transferência. Nesta senda, o *caput* do artigo prevê que sempre que ocorrer transferência nacional, definitiva ou temporária, de atleta profissional, até 5% do valor pago pelo novo clube, será obrigatoriamente distribuído entre os clubes que contribuíram para a formação do atleta. A distribuição será na seguinte proporção:

- formação dos 14 anos: 1%
- formação dos 15 anos: 1%
- formação dos 16 anos: 1%
- formação dos 17 anos: 1%
- formação dos 18 anos: 0,5%
- formação dos 19 anos: 0,5%

Dos 14 aos 17 anos de idade, inclusive, o clube que ajudou na formação do atleta receberá 1,0% para cada ano de formação, ao passo que dos 18 aos 19 anos de idade, inclusive, o clube que ajudou na formação do atleta receberá 0,5% para cada ano de formação. Basta operar-se a transferência de um atleta profissional, durante a vigência de seu contrato especial de trabalho desportivo (se o atleta se transfere após o término do seu contrato, o novo clube não tem o dever legal de pagar o mecanismo de solidariedade), independentemente de sua idade.

O mecanismo de solidariedade será retido pelo clube cessionário, que deverá reservar 5% do valor a ser pago ao clube cedente pela transferência, distribuindo-os aos clubes que contribuíram para a formação do atleta (art. 29-A, § 1.º).

O § 2.º do art. 29-A contém exceção à regra estabelecida no § 1.º, dizendo que no caso de o atleta se desvincular do clube de forma unilateral, mediante o pagamento da cláusula indenizatória, caberá ao clube que recebeu a cláusula indenizatória desportiva distribuir 5% de tal montante aos clubes responsáveis pela formação do atleta.

Por último, na forma do disposto no § 3.º do art. 29-A, o percentual de 5% devido aos clubes formadores do atleta deverá ser calculado sempre de acordo com certidão a ser fornecida pela CBF, isto é, conforme o passaporte do atleta, pois é neste documento que constam os clubes pelos quais o atleta atuou. Os valores, então, deverão ser distribuídos proporcionalmente no prazo de até 30 dias da efetiva transferência.

Uma última situação problemática diz respeito à incidência do mecanismo de solidariedade em transferência de atleta cujo clube havia cedido previamente uma parte ou a totalidade do percentual dos direitos econômicos a um terceiro, seja ele investidor, empresa etc. A CRD da Fifa firmou jurisprudência no sentido de que sobre o percentual dos direitos econômicos que foi cedido a terceiros não poderá ser cobrado o mecanismo de solidariedade. Apenas sobre a parte paga ao clube cedente é que poderá ser calculado o mecanismo de solidariedade; o valor pago ao terceiro não serve de base de cálculo para o benefício. Isso porque o terceiro detentor dos direitos econômicos do atleta não é um clube pertencente ao sistema desportivo do qual fazem parte os atletas, clubes e federações. Juan de Diós Crespo Perez e Ricardo Frega Navía prelecionam que:

“Se circunscibió a definir que todo pago realizado a terceras personas que no fueran clubes en cualquier transferencia, no caía dentro de la jurisdicción y competencia de esta Cámara (CRD), y por ende rechaza la pretensión de que se liquide el correspondiente mecanismo de solidaridad por ese concepto.”²²

Em suma, a Fifa rechaça a possibilidade de pagamento de mecanismo de solidariedade sobre a rubrica dos direitos econômicos, visto que entende não ter competência para apreciar demandas com estes terceiros, que estariam fora do âmbito da sua jurisdição.

Assim sendo, para as transferências internacionais aplicam-se as normas da Fifa, em detrimento da Lei 9.615/1998, aplicável em caso de transferências nacionais.

De qualquer sorte, não é outra a conclusão de que o mecanismo de solidariedade pode representar uma rentável fonte de receita para os clubes, especialmente os clubes menores, que muitas vezes dependem do ingresso deste tipo de verba. Com isso, poderão continuar investindo nas categorias de base e na formação de atletas.

Sem dúvida alguma, o mecanismo de solidariedade é uma ferramenta que ajuda enormemente a sustentar a formação desportiva, fazendo com que os clubes formadores sejam recompensados pelos clubes que adquirem onerosamente atletas, independentemente da idade, para atuarem em sua equipe profissional.

22. CRESPO PÉREZ, Juan de Dios y FREGA NAVÍA, Ricardo. *Comentarios al Reglamento Fifa*. Madrid: Dykinson, 2010. p. 258.

3. CONCLUSÃO

O direito de formação desportiva adquire importância cada vez maior no contexto do esporte brasileiro, mais especificamente com relação ao futebol. Dissipando dúvidas e imprecisões do texto anterior, a nova legislação tratou de detalhar os direitos dos clubes formadores através da inclusão de normas mais claras e objetivas, as quais necessariamente terão que ser respeitadas para que clubes ou atletas não acabem fora do seu alcance e da sua proteção.

Assim, o direito de formação foi aperfeiçoado por normas mais eficazes, garantindo a formalização da relação clube formador-atleta em formação (atleta não profissional) através do chamado contrato de formação desportiva. Esse contrato, como visto ao longo deste estudo, deverá ser registrado na CBF, fato este que representa um grande avanço no sentido de garantir aos clubes brasileiros formadores de atletas os direitos que a lei lhes assegura. Na mesma linha, os clubes devem possuir a certificação de clube formador. Para tanto, os clubes que com a nova lei possuem uma série de benefícios, devem também estar atentos aos encargos, visto que para que os clubes sejam certificados como formadores há a necessidade de cumprirem os requisitos da lei.

Assinado o contrato de formação desportiva, após o período de um ano e tendo o atleta já completado 16 anos, o clube está autorizado a assinar o primeiro contrato especial de trabalho desportivo, agora altamente regulado. E, em não sendo possível firmar este primeiro contrato profissional, ao clube formador está assegurado o recebimento de uma compensação financeira. Os clubes têm o dever de criar mecanismos eficientes de cálculos dos gastos despendidos na formação de cada atleta, para que assim seja possível chegar ao valor da indenização prevista no inc. II do § 5.º do art. 29 da Lei 9.615/1998. Acrescenta-se que, de acordo com a nova lei, uma vez assinado o primeiro contrato de trabalho, os clubes ainda têm a seu favor o direito de preferência na renovação do primeiro contrato de trabalho por mais três anos.

Protege-se o clube formador e o atleta em formação de todo o sistema, que, como sabemos, é marcado por disputas dos talentos desportivos cada vez mais prematuros, disputas estas que podem envolver somas de milhões de dólares que em muitos casos não recompensam aqueles que efetivamente tiveram participação direta na formação do atleta, notadamente com gastos financeiros que tiveram.

A nova regulamentação reforça a proteção aos clubes formadores trazendo garantias que antes não constavam no texto da lei como, por exemplo, a convivência familiar, a obrigatória ida do atleta à escola, assistência social, médica e odontológica, moradia, o seguro de vida, entre outros. Os horários de treinamento devem estar adequados aos horários escolares, não podendo haver prejuízo à formação educacional, sendo, inclusive, necessário que os atletas tenham satisfatório rendimento escolar. Com isso, o clube não pode pensar exclusivamente na formação

desportiva, mas tem o dever legal de também trabalhar a formação do cidadão. Sabe-se que a imensa maioria de atletas não chega ao profissionalismo, razão pela qual a formação deve ser da forma mais completa possível, entenda-se pelo cumprimento das regras jurídicas aplicáveis a este contexto.

Isto é, as alterações implementadas pela Lei 12.395/2011 tiveram como objetivo criar condições para que os jovens atletas acima de tudo se tornem cidadãos. No caso de não chegarem ao nível profissional do futebol estarão minimamente preparados para ter uma carreira profissional em outra área do mercado de trabalho. Aliando-se a formação educacional à formação desportiva saem ganhando não apenas os próprios atletas, mas também toda a sociedade, pois atenua-se a falta de escolaridade e tem-se a possibilidade de diminuir no futuro o índice de desemprego que atinge atletas oriundos de clubes formadores e que acabam por não se tornar profissionais.

O principal mérito das alterações legislativas foi, como se vê, a ideia de que tão importante quanto formar o atleta está a necessidade de formar o cidadão. A grande maioria dos atletas em formação não chega a um nível esportivo profissional razoável. Obriga os clubes a preencherem requisitos legais para que sejam considerados formadores e, uma vez cumpridas estas exigências legais, terão, por conseguinte, o direito de manter contratualmente os atletas em formação, primeiramente através do contrato de formação desportiva e depois através de um contrato de trabalho profissional, ou assegurarem o direito de receber uma indenização em caso de negativa do atleta em assinar o primeiro contrato de trabalho.

Assim sendo, através do presente artigo foi possível verificar que as novidades legislativas aplicáveis ao direito de formação objetivam equilibrar o direito dos clubes formadores ao recebimento de indenização e a liberdade de escolha de trabalho profissional dos atletas. Desse modo, o direito de formação está assentado em três momentos, que são: o contrato de formação desportiva, o direito do clube formador em assinar o primeiro contrato especial de trabalho desportivo e o direito de preferência do clube formador para renovar o primeiro contrato de trabalho.

Com todas estas inovações legislativas saem vencedores os atletas em formação, que estarão cercados de garantias legais que os clubes devem cumprir, e também os próprios clubes formadores, os quais terão maior segurança para investir na formação de atletas sabendo que se não for possível manter o atleta terão direito a receber uma justa indenização.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABIDÃO NETO, Bichara; MOTTA, Marcos. O êxodo de jogadores menores e a necessidade de maior proteção a sua formação e transferência. In: BASTOS, Guilherme Augusto Caputo (org.). *Atualidades sobre direito desportivo no Brasil e no mundo*. Dourados: Seriem, 2009.

- BRASIL. *Lei 9.615, de 24.03.1998*. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9615consol.htm]. Acesso em: 15.09.2012.
- CARLEZZO, Eduardo. Riscos jurídicos no processo de formação de atletas. Disponível em: [www.carlezzo.com.br/artigos_pub_int.asp?codigo=99&pagina=]. Acesso em: 25.09.2012.
- _____. Direitos de formação – Mecanismo de solidariedade. Disponível em: [www.carlezzo.com.br/pt/ler-publicacao.php?id=9]. Acesso em: 04.10.2013.
- CRESPO PÉREZ, Juan de Dios y FREGA NAVÍA, Ricardo. *Comentarios al Reglamento Fifa*. Madrid: Dykinson, 2010.
- FÉDÉRATION INTERNATIONALE DE FOOTBALL ASSOCIATION. *Regulations on the Status and Transfer of Players*. Johannesburg, 07.06.2010. Fifa Executive Committee. Disponível em: [www.fifa.com/mm/document/affederation/administration/01/95/83/85//regulationsstatusandtransfer_e.pdf]. Acesso em: 29.09.2013.
- FREGA NAVÍA, Ricardo y MELO FILHO, Álvaro. *Derecho Deportivo Nacional e Internacional*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.
- GARCÍA SILVERO, Emilio A. *La extinción de la relación laboral de los deportistas profesionales*. Pamplona: Thomson, 2008.
- MACIEL, Mariju Ramos. Direito de formação. In: MELO FILHO, Álvaro et al. (Coord.). *Direito do trabalho desportivo – Homenagem ao Professor Albino Mendes Baptista – Atualizado com a Lei que alterou a Lei Pelé – Lei 12.395 de 16 de março de 2011*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- MELO FILHO, Álvaro. Clubes Formadores: Proteção jusdesportivo-trabalhista. In: _____ et al (coord.). *Direito do trabalho desportivo – Homenagem ao Professor Albino Mendes Baptista – Atualizado com a Lei que alterou a Lei Pelé – Lei 12.395 de 16 de março de 2011*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- _____. *Nova Lei Pelé – Avanços e impactos*. Rio de Janeiro: Maquinária, 2011.
- MIGUEL, Ricardo Georges Affonso. A possibilidade de contratação do atleta menor de futebol. In: MACHADO, Rubens Approbato et al (coord.). *Curso de direito desportivo sistêmico*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. vol. 2.
- RICHMOND, Klaus. Caçadores de solidariedade. *Revista Placar*. n. 1376. São Paulo, mar. 2013.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A não incidência do direito de preferência na primeira renovação do contrato especial de trabalho desportivo por clube não formador, de Angela Cristina da Silva – *RBDD* 23/269 (DTR\2013\3315);
- Da proteção aos clubes formadores na *lex desportiva*, de Álvaro Melo Filho – *RBDD* 14/12 (DTR\2011\2279);
- Formação do atleta profissional de futebol no Brasil, de Rafael Sacucci – *RBDD* 21/163 (DTR\2012\450081); e
- Indenização aos clubes formadores de jogadores de futebol face a Lei Pelé e as normativas da Fifa, de Rommell Cezar Romeiro Bezerra – *RBDD* 18/188 (DTR\2010\960).

O PODER DIRETIVO NO CENÁRIO DESPORTIVO: A MANIFESTAÇÃO E OS LIMITES DO PODER EXERCIDO SOBRE OS ATLETAS DE ALTO RENDIMENTO

DANIELLE MAIOLINI MENDES

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Desportivo; Trabalho.

RESUMO: Inserindo-se no Direito do Desporto, são objetivos deste estudo abordar as manifestações do poder diretivo do empregador e analisar os limites dessa ingerência na vida particular do empregado, tomando por referência a realidade dos contratos desportivos – o que prevê a legislação especial e como ela se faz presente na execução contratual; bem como analisar os fatores externos capazes de modular a atuação destes profissionais sob a ótica das leis trabalhistas e da observância dos direitos individuais do empregado. Por fim, discorrer sobre a função judicante na solução de conflitos dessa natureza.

PALAVRAS-CHAVE: Poder diretivo – Direitos individuais – Contrato desportivo – Atleta – Função judicante.

ABSTRACT: Inserting in Sports Law, the propose of this study is to describe and understand the manifestations of the directive power of the employer and to analyze the limits of its interference in the private life of the employee, taking by reference the reality of sports contracts – what provides special legislation and how it is present in the contract execution, as well as analyzing the external factors that modulate the activity of these professionals from the perspective of labor laws and in observation of human rights. Finally, discuss the role of justice in resolving such conflicts.

KEYWORDS: Directive power – Individual rights – Sports contracts – Athlete – Role of justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Poder diretivo: 2.1 Deveres do empregado: 2.1.1 Dever de obediência; 2.1.2 Dever de diligência; 2.1.3 Dever de fidelidade: 2.2 Direitos fundamentais do empregado – 3. O poder diretivo e os direitos individuais no desporto: 3.1 A estrutura do contrato desportivo e a relativização dos direitos individuais; 3.2 A finalidade e as peculiaridades do contrato de desporto; 3.3 A realidade desportiva. O poder diretivo na execução do contrato e a intervenção de terceiros; 3.4 O investimento no profissional: forma alternativa de buscar a finalidade do contrato – 4. A função judicante – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Segundo Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena,¹ o poder diretivo revela-se pela natureza objetiva do vínculo, através do qual o empregador conta de modo permanente com a atividade-trabalho daquela pessoa que participa da atividade da empresa.

1. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Ed. LTr, 1999.

O poder diretivo não se detém, em sua qualificação jurídica, apenas no comando, no controle, na coordenação e na organização dos fatores de produção, mas se estende a todos aqueles atos de previsão que, sobre o trabalho de outrem, impliquem em garantia dos meios de manter-se a regular atividade do processo produtivo ou da troca de bens e serviços.

Salienta-se que, muito embora o exercício das prerrogativas patronais advenha da própria firmação do contrato de trabalho, este deve respeitar os limites impostos pela tutela constitucional dos direitos individuais do empregado.

No âmbito da prática desportiva profissional, o contrato de trabalho celebrado entre o atleta e a entidade de desporto é considerado especial, razão pela qual não se submete à legislação ordinária trabalhista em diversos aspectos, mas sim aos preceitos da lei específica que o regulamenta.

Sob esse prisma, argumenta-se que certas ingerências e determinações, que em outro tipo de contrato seriam ilícitas, no tocante ao atleta são permitidas porque possuem um nexo de causalidade com o fim do contrato de trabalho. Isso faz com que o poder de direção seja instituído sobre os atletas profissionais de forma mais rígida, e venha até mesmo, de certa maneira, a relativizar alguns preceitos trabalhistas em razão da especialidade da atividade.

Quando ingressam no esporte de alto rendimento, os atletas se tornam destinatários de uma preparação física, técnica e tática que evoluiu vertiginosamente nos últimos anos, e passam a figurar como atores principais de espetáculos que envolvem outros personagens e grandes investimentos, que vem a adentrar a sua esfera individual. Indaga-se, neste caso, se a especialidade contratual capaz de justificar o aumento da subordinação do atleta ao seu empregador serviria também de substrato a toda essa ingerência que, na prática, recai sobre a realidade desportiva.

A partir da análise da conjuntura em debate, o presente artigo pretende demonstrar que muito embora a regulamentação da profissão por uma legislação especial se justifique, talvez o excesso de ingerência sobre a vida privada deste empregado não resulte simplesmente das normas especiais que conferem ao empregador maiores prerrogativas no exercício do seu poder de direção, mas da forma como estas vêm sendo aplicadas dentro do contrato, bem como da possibilidade de que a influência externa possa vir a determinar o seu rigor.

Para tanto, buscaremos explorar o poder diretivo, e então delinear os contornos nos quais este é exercido.

2. PODER DIRETIVO

À luz do art. 2.º da CLT, define-se a figura do empregador enquanto:

“A empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”.

Sustenta-se² que daí se extrai o poder diretivo, cuja existência, segundo a teoria contratual, encontra legitimidade no próprio contrato de trabalho, e guarda relação com a “capacidade atribuída ao empregador de dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando à realização das finalidades da empresa”.³

Expressão da autonomia da vontade das partes, portanto, o poder diretivo emerge do pacto empregatício que assegura ao empregador um leque de prerrogativas, dentre elas, a administração, a gestão e a organização da atividade empreendida. Terá a sua intensidade determinada pela natureza da relação de emprego, e deverá ser exercido pelo seu titular originário – o empregador – ou por aqueles aos quais este tenha delegado parte desse poder.

Quanto à natureza jurídica do poder diretivo, o presente estudo afasta-se dos que o tratam como direito potestativo e, portanto, resultante de declarações de vontade unilaterais.

Considera-se, pelo contrário, que consiste em um direito-função, diante do qual a norma jurídica impõe o exercício de uma função a alguém, a qual deve ser cumprida segundo sua finalidade, da maneira mais útil pela pessoa habilitada, trazendo ao titular do direito, em contrapartida, certas obrigações.

Está-se diante da função social do contrato e, como o poder diretivo do empregador emana daquele, este deverá ser exercido com restrições atreladas ao bom andamento da empresa como único fim justificável.

Ainda segundo Alice Monteiro de Barros:

“Cumpre ressaltar que as ordens emitidas por quem não está legitimado a fazê-lo, as ordens ilícitas ou capazes de lesar direitos à integridade física ou moral do empregado poderão ser desobedecidas”.

“Nesses casos justifica-se, respectivamente, a desobediência jurídico-penal, a desobediência técnica” e a desobediência civil ou extralaboral”.⁴

Conclui-se, portanto, que em relação ao poder diretivo no âmbito dos contratos de trabalho em geral, os empregados não estão obrigados a submeter-se a aspectos alheios à relação de emprego e sem qualquer repercussão sobre ela. Isso porque, em regra, a vida privada do empregado, seus costumes, amizades, ideias, orientação sexual e opiniões estão fora do campo de incidência do poder diretivo do empregador.

Verifica-se que a própria Constituição da República de 1988 busca estabelecer os limites entre a inviolabilidade da intimidade do empregado e a incidência do

2. MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao direito do trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 1971. p. 240; BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 2011. p. 459.

3. MAGANO, Octavio Bueno. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 114.

4. BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho* cit., p. 461.

poder diretivo quando elenca, nos incs. IV, VI, VIII, X e XVII de seu art. 5.º, a proteção à liberdade do empregado e assegura, no inc. XXIII do mesmo artigo, o direito à propriedade, de modo que, excepcionalmente, o empregador poderá intervir na vida extralaboral do empregado quando seu comportamento for suscetível de ocasionar danos aos interesses da empresa.⁵

Assim, é de concluir que da celebração de um contrato de trabalho surgem, na verdade, duas relações, que devem se equilibrar.

A primeira, entre o poder de direção do empregador e os deveres laborais do empregado; e a segunda, em contrapartida, entre os deveres do empregador e os direitos dos empregados – previstos na legislação ordinária, nas normas coletivas, nos regulamentos internos das empresas, no próprio contrato individual e, principalmente, na Constituição.

Explicaremos melhor, começando pelas obrigações impostas ao contratado pelo poder de direção.

2.1 Deveres do empregado

Segundo a definição fornecida por Alice Monteiro de Barros, o trabalho seria “a prestação de um serviço não eventual, *subordinada* e onerosa, devida pelo empregado em favor do empregador”.⁶

Nesse passo, enquanto característica manifesta da subordinação jurídica do empregado, temos que a obrigação de trabalhar por ele assumida ao celebrar o contrato venha acompanhada de alguns deveres, dentre os quais se destacam: o dever de obediência às instruções emanadas seja pelo titular do poder diretivo, seja por aqueles a quem este o tenha delegado; o dever de diligência inserido na obrigação de trabalhar; e o dever de fidelidade, decorrente do aspecto ético da relação.

2.1.1 Dever de obediência

A obediência, conforme já mencionado, se deve às ordens emanadas no decorrer do contrato de trabalho; observados os limites impostos pela legitimidade e pela finalidade, de modo que a obrigação do empregado restringe-se ao que diz respeito às ordens lícitas, emanadas por quem esteja legitimado a fazê-lo. Segundo Alice Monteiro de Barros:

“As ordens alusivas à vida privada do empregado, por versarem sobre aspectos alheios ao contrato de trabalho, sem qualquer reflexo sobre ele, em geral, não pre-

5. BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: Ed. LTr, 1997. p. 107 e ss.

6. BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho* cit., p. 44.

cisam ser cumpridas, pois estão fora do âmbito do poder diretivo. Situam-se aqui aspectos ligados aos costumes, amizades, posições políticas, crenças religiosas, liberdade de pensamento e expressão do empregado”.⁷

2.1.2 *Dever de diligência*

Mais do que o mero cumprimento de ordens, a execução das tarefas propostas ao empregado deve ser feita da melhor maneira possível, com zelo, buscando o melhor resultado para a empresa.

Além do elemento interno representado pelo conteúdo da determinação feita pelo empregador, o dever de diligência conta com um elemento externo, qual seja, a obtenção do rendimento, resultante do trabalho realizado com quantidade e qualidade.

Sua avaliação está ligada ao cargo do empregado na empresa, de modo que, quanto mais elevada a posição hierárquica ou o caráter da atividade profissional, mais se exigirá em relação aos seus atos e omissões, observadas a repercussão deles decorrente.⁸

E ainda, será aferida por meio de critérios objetivos e subjetivos, levando em consideração, respectivamente, o comportamento do profissional médio e o comportamento pessoal do empregado (amplamente explorado nos contratos desportivos). Sendo vedada, é claro, a utilização de critérios alheios àqueles exigíveis à atividade laboral a fim de prejudicar o trabalhador.

2.1.3 *Dever de fidelidade*

Por fim, adentrando-se a esfera ética do contrato de trabalho, tem-se o dever de fidelidade, o qual, nas palavras de Alice Monteiro de Barros,⁹ representa “a conduta humana honrada, que pressupõe o agir com retidão, em virtude não só do interesse do empregado como também da harmonia que deverá existir na organização de trabalho que ele integra”.

Este impõe ao empregado o dever de abster-se de comportamentos prejudiciais ao empregador, tais como: não ocasionar danos, não divulgar segredos, não se deixar subornar, não fazer concorrência desleal.

Também neste caso, é possível explorar se há divergência entre os parâmetros utilizados pelo contrato ordinário e o contrato especial, de caráter desportivo, na medida em que neste último, por diversas vezes, o empregador busca justificar o

7. Idem, p. 484.

8. DONATO, Messias Pereira. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 179.

9. BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho* cit., p. 487.

exercício do seu poder de direção ao argumento de que certos atos seriam prejudiciais ao bom funcionamento e à imagem do clube.

2.2 *Direitos fundamentais do empregado*

Ainda que apresente um caráter específico, a relação jurídico-trabalhista insere-se no extenso rol das relações humanas, tuteladas principalmente pelos direitos fundamentais presentes na Constituição da República, cerne do ordenamento jurídico e responsável pela proteção da dignidade humana.

Por constituírem espécie dos direitos da personalidade consagrados constitucionalmente, os direitos à intimidade e à privacidade tornaram-se oponíveis contra o empregador e, independentemente de se encontrar o seu titular no interior do estabelecimento empresarial, devem ser respeitados.

José Martins Catharino¹⁰ entende que “a autoridade empresária ainda está concentrada em função da propriedade, e não do trabalho”, visto que o empregador “age na empresa no seu próprio interesse a ser exercido nos limites da sua finalidade”.

Diante da relação entre o direito de propriedade, substrato para o poder diretivo do empregador, e o direito à privacidade e intimidade do empregado, como equilibra-los? Como concilia-los a fim de se permitir o funcionamento da atividade empresarial sem que se faça do ambiente de trabalho um lugar opressor e pesado para o empregado?¹¹

A aferição para que não se afigure o abuso de direito pela parte empresária depende do caso concreto e está diretamente relacionada ao grau de subordinação e à finalidade inerentes à função exercida.

Ao ser submetido ao poder diretivo do empregador, é certo que o empregado sofrerá determinadas limitações ao seu direito à intimidade. No entanto este só poderá ser afetado quando o empregado estiver inserido no organismo empresarial, e na medida imprescindível do correto desenvolvimento da atividade produtiva. Do contrário, afigura-se como inadmissível que a ação do empregador se amplie a ponto de ferir a dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Alice Monteiro de Barros:

“Não é o fato de um empregado encontrar-se subordinado ao empregador ou de este último deter o poder diretivo que irá justificar a ineficácia da tutela à intimida-

10. É bem verdade que as ordens direcionadas aos empregados nem sempre serão emitidas pelo proprietário em si, podendo esta prerrogativa ser delegada e exercida por aqueles que o representem como, por exemplo, gerentes ou diretores.

11. CATHARINO, José Martins. *Compêndio universitário de direito do trabalho*. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972. p. 137.

de no local de trabalho, do contrário haveria degeneração da subordinação jurídica em um estado de sujeição do empregado”.¹²

3. O PODER DIRETIVO E OS DIREITOS INDIVIDUAIS NO DESPORTO

No contrato desportivo, argumenta-se que a especialidade legislativa impõe limites mais amplos ao poder do empregador em razão da natureza do labor exercido.

De fato, é bem verdade que a atividade desportiva carrega consigo características naturalmente únicas, de modo que a relação laboral de um praticante de alto nível não pode ser equiparada à do trabalhador comum, sob pena de, nas palavras de Albino Baptista,¹³ “se atentar gravemente contra juízos de equidade e critérios de justiça social”.

Diferença reconhecida por Alice Monteiro de Barros:¹⁴

“O titular do poder diretivo é o empregador ou seus prepostos, aos quais aquele delega parte desse poder, cuja intensidade varia de acordo com a natureza da relação de emprego. Assim, no tocante aos empregados ocupantes de cargo de confiança, o poder diretivo do empregador é muito tênue, enquanto no trabalho desportivo é rigoroso”.

Para compreender melhor, será explorada a necessidade de que ao contrato se aplique uma legislação especial, e em que termos esta prevê a ingerência sobre a vida privada do empregado no que diz respeito ao exercício do poder de direção sobre ele.

3.1 *A estrutura do contrato desportivo e a relativização dos direitos individuais*

O contrato de trabalho desportivo encontra-se atualmente regido pela Lei 9.615/1998 (Lei Pelé) e pelas disposições da Consolidação das Leis do Trabalho no que forem com ela compatíveis, podendo ser conceituado como “aquele pelo qual uma (ou mais) pessoa natural se obriga, mediante remuneração, a prestar serviços desportivos a outra, sob direção desta”.¹⁵

Assim, o atleta que pratica futebol em caráter profissional, é considerado empregado da entidade desportiva, que se utiliza de seus serviços mediante salário e subordinação jurídica.

A Lei 12.395/2011, que alterou a Lei 9.615/1998 (Lei Pelé), incluiu no § 4.º do art. 28 o reconhecimento da especialidade do contrato de trabalho desportivo

12. BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho* cit., p. 511.

13. BAPTISTA, Albino Mendes. *Estudos sobre o contrato de trabalho desportivo*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

14. BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho* cit., p. 460.

15. CATHARINO, José Martins. *Op. cit.*, p. 9.

ao afirmar que a atividade do atleta profissional é caracterizada pela remuneração pactuada *em contrato especial de trabalho desportivo*. Essa constatação resulta das especificidades, peculiaridades e cláusulas restritas à relação atleta/clube e atribui um caráter subsidiário aos ditames do regime geral trabalhista.

Segundo Luiz Felipe Guimarães Santoro:¹⁶

“Em que pese tratar-se de contrato de trabalho, a doutrina já sedimentou entendimento de que a relação empregatícia entre o atleta profissional e a entidade de prática desportiva é *sui generis*, tendo em vista que, por expressa disposição legal, diversos artigos da CLT não se aplicam à relação de emprego mantida pelo jogador de futebol”.

Ressalte-se que não é a existência de legislação especial a responsável por diferenciá-lo, mas a própria relação do indivíduo com o clube empregador que tem caráter ímpar advindo da sua natureza e, portanto, exige regulação específica, sob pena de ver inabilitadas as características que lhe conferem tal especialidade.

Afirma Albino Mendes Baptista¹⁷ existir uma flagrante inadequação do direito do trabalho à realidade desportiva, razão pela qual “a prática social se encarregou de criar para o trabalho desportivo regime diferente”. Ou seja, a incompatibilidade de certos ditames gerais trabalhistas à seara desportiva permitiu que a ela fosse criada regulamentação própria, adequada a permitir o desenvolvimento da atividade em conformidade com suas necessidades.

Uma vez constatado que a atividade desempenhada pelo atleta profissional é extremamente peculiar, cabe reconhecer também que os princípios de Direito Constitucional do Trabalho, já aqui explicitados, sofrerão relevantes limitações quando se tratar deste trabalhador.

O que a legislação específica buscou foi, considerando a relação de emprego em questão, fixar determinados parâmetros que, de um lado, protejam os atletas e, de outro, promovam as atividades desportivas profissionais e assegurem os investimentos das agremiações desportivas.

Não há dúvidas de que as normas que disciplinam as condições de trabalho protegem a integridade do trabalhador, no entanto, não há como se aplicar de forma indistinta todos os preceitos constitucionais que tutelam o trabalhador comum. O que não significa, também, tornar *letra morta* normas trabalhistas e de seguridade social cogentes e de evidente natureza de ordem pública.

Assim, ao passo que a interferência por parte do empregador na vida pessoal do empregado fora do ambiente de trabalho se reveste de caráter ilícito nos contratos

16. SANTORO, Luiz Felipe Guimarães. Afinal, para que servem os contratos? *Revista Brasileira de Direito Desportivo* 2/97.

17. BAPTISTA, Albino Mendes. Op. cit., p. 16.

ordinários em geral, por exemplo, no âmbito do desporto esta tem se tornado comum diante da finalidade do contrato pactuado.

Para legitimá-la, cabe ponderar: qual a verdadeira finalidade do contrato de desporto e, ainda, até que ponto o exercício da ingerência patronal se mostra compatível com a sua manutenção. Por fim, ainda que a ação empresária esteja em consonância com a função social do pacto firmado, qual seria o limite para a relativização dos direitos individuais sacrificados à luz dos preceitos da dignidade da pessoa humana?

3.2 *A finalidade e as peculiaridades do contrato de desporto*

O art. 3.º da Lei 9.615/1998 (Lei Pelé) diferencia as manifestações do desporto entre desporto educacional, desporto de participação e desporto de rendimento, cada qual em função da sua finalidade específica.

Quanto ao desporto de rendimento, dispõe ser “praticado segundo normas gerais desta Lei e regras de prática desportiva, nacionais e internacionais, com a finalidade de obter resultados e integrar pessoas e comunidades do País e estas com as de outras nações”. Este que poderá ser profissional ou não, levando-se em consideração, respectivamente, a existência ou não de contrato formal de trabalho pactuado.

Assim, a existência de contrato de trabalho desportivo pactuado entre atleta e entidade desportiva caracteriza o exercício do desporto de rendimento profissional, cuja finalidade é a obtenção de resultados e a integração de pessoas e comunidades do País e estas com a de outras nações.

Sob o prisma de que os contratos trabalhistas podem estabelecer diversos graus de subordinação¹⁸ aferíveis em razão da natureza do serviço prestado – conforme já argumentado – no que se refere especialmente ao desportista, trata-se de espécie de contrato no qual a incidência da subordinação jurídica se dá de forma diversa em relação aos contratos trabalhistas ordinários.

Nas palavras de Ralph Cândia:¹⁹

“A subordinação dar-se-á pela sujeição às diretrizes, ordens e programações do clube, transmitidas pelos seus dirigentes ou prepostos, aos quais o jogador deve obediência”.

Esta se apresenta de forma mais ampla e intensa de modo que abrange, em certa medida, além da atividade esportiva realizada, aspectos pessoais, tais como: controle de alimentação, peso, horas de sono, e até mesmo os aspectos íntimos.

18. CATHARINO, José Martins. Op. cit., p. 9.

19. CÂNDIA, Ralph. *Comentários aos contratos trabalhistas especiais*. 2. ed. São Paulo: Ed. LTr, 1990. p. 116.

Afirma Alice Monteiro de Barros:²⁰

“É incontestável que o atleta, dada a índole da obrigação funcional, contraída livre e voluntariamente, deve manter boa forma física. Logo, os autores sustentam que seu ambiente de trabalho é mais amplo e não se restringe aos limites físicos da sede da agremiação, sob pena de serem desatendidas as peculiaridades do contrato em exame. Com base nesses argumentos, justifica-se a ingerência empresarial em certos aspectos da vida privada do empregado, que terminarão por implicar inevitável queda de forma física do atleta”.

Sendo a finalidade do vínculo firmado entre atleta e clube a obtenção de resultados, é certo que o atleta exerce sua atividade por conta alheia, contudo, seu desempenho será determinante para a obtenção de benefícios econômicos e prestígio no cenário profissional.

Nesse sentido, em geral, há quem argumente²¹ que a ingerência realizada pelos clubes reveste-se de legalidade na medida em que busca garantir que o atleta esteja apto a cumprir com as suas próprias obrigações profissionais. Ou seja, a ampliação da subordinação ordinária pela interferência do empregador na conduta pessoal do atleta – ainda que extracampo – configuraria uma situação que só benefício acarreta ao jogador, visto que visa a preservá-lo para que obtenha o melhor rendimento na atividade exercida e, com isso, receba os proventos resultantes da própria valorização. Há quem discorde.

Segundo Alvaro Melo Filho:²²

“Essa temática, no *mundus* jusdesportivo, geradora de servil ou manipulada interpretação, foi e sempre será objeto não só de confrontações dialéticas doutrinárias, mas também de conflitos judiciais em derredor da compatibilidade ou não entre a legislação especial e geral, inclusive porque, para alguns, as peculiaridades que permeiam a atividade dos atletas profissionais ou o tratamento diferenciado comparativamente às relações trabalhistas comuns, tornam tais especificidades jusdesportivas, em algumas hipóteses, insubmissas e não sujeitas a limites constitucionais”.

Exemplo clássico dentre os conflitos judiciais mencionados e objeto de inúmeras demandas jurídicas está tratado nos incs. I, II e III do § 4.º do art. 28 da Lei Pelé, os quais versam acerca do controverso regime de concentração.

Dispõe a Lei 9.615/1998²³ que:

20. BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: Ed. LTr, 2009. p. 136.

21. MELO FILHO, Álvaro. *Nova Lei Pelé, avanços e impactos*. Rio de Janeiro: Maquinaria Editora, 2011. p. 201.

22. Idem, *ibidem*.

23. BRASIL. Lei Pelé. Fragmentos do art. 28 da Lei 9.615 de 24.03.1998.

“Art. 28. (...)”

§ 4.º Aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da Seguridade Social, ressalvadas as peculiaridades constantes desta Lei, especialmente as seguintes: (Redação dada pela Lei 12.395, de 2011).

I – se conveniente à entidade de prática desportiva, a concentração não poderá ser superior a 3 (três) dias consecutivos por semana, desde que esteja programada qualquer partida, prova ou equivalente, amistosa ou oficial, devendo o atleta ficar à disposição do empregador por ocasião da realização de competição fora da localidade onde tenha sua sede;

II – o prazo de concentração poderá ser ampliado, independentemente de qualquer pagamento adicional, quando o atleta estiver à disposição da entidade de administração do desporto;

III – acréscimos remuneratórios em razão de períodos de concentração, viagens, pré-temporada e participação do atleta em partida, prova ou equivalente, conforme previsão contratual”.

De acordo com Fernando Tasso:²⁴

“A concentração é o período em que o atleta fica recluso em um local determinado pelo clube antes da disputa de uma partida. A intenção é manter o atleta focado no jogo a ser disputado, bem como manter sob o controle do empregador a sua alimentação, descanso e treinamento”.

Ou seja, enquanto uma das mencionadas peculiaridades da atividade desportiva profissional, a concentração visa resguardar a saúde física e a integridade psicológica dos atletas no período antecedente às competições. Conforme se extrai do próprio artigo, se estenderá por período não superior a três dias consecutivos, garantidos os acréscimos remuneratórios em razão de períodos de concentração, viagens, pré-temporada e participação do atleta em partida, prova ou equivalente, conforme previsão contratual.

Nessa oportunidade, a subordinação se faz ainda mais presente na medida em que o empregador poderá exigir que o atleta alimente-se adequadamente, observe as horas de sono, abstenha-se de ingerir bebidas alcoólicas e treine.

Quanto à possibilidade de equiparar-se a concentração ao tempo em que o empregado permanece à disposição do empregador para fins de horas extras, há divergência de posicionamentos.

A jurisprudência dominante, construída antes do advento das modificações trazidas pela Lei 12.395/2011, nega a hipótese de qualquer pagamento adicional ao

24. TASSO, Fernando. *Direito do trabalho desportivo. Atualizado com a Nova Lei Pelé*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

argumento de que se trata de característica especial do contrato de trabalho desse profissional, indispensável mesmo à prática desportiva.

Não vejo, contudo, como coadunar com o posicionamento.

Na realidade, ocorre que o atleta profissional tem sua liberdade cerceada por longos períodos, nos quais lhe é restrito o contato com sua família e amigos, devendo permanecer sob a supervisão constante do empregador. Diante disso, entende-se que como trabalhador este deva receber pagamento adicional pelo período extraordinário que permanece à disposição do clube, em consonância com o art. 7.º, XVI, da CF, o qual não foi prejudicado pela legislação especial.

Além do aspecto jurídico, a utilização do regime de concentração antes dos jogos é objeto de controvérsia também na medida em que arrecada por parte dos profissionais nele envolvidos posicionamentos contrários e favoráveis à sua utilização.

Argumentos em defesa da sua imprescindibilidade partem, principalmente, dos profissionais responsáveis pela manutenção do bom condicionamento físico do atleta, no sentido de que a reclusão do empregado nos momentos que antecedem os jogos é necessária a fim de que lhes sejam providas as condições ideais ao alcance do desempenho esperado dentro de campo. O objetivo, portanto, não consistiria em tão somente restringir a vida social do atleta a fim de impedir que este cometa atos temerários e prejudiciais à sua boa forma física, mas também em zelar para que seu corpo, instrumento de trabalho, receba a alimentação e o repouso necessários ao alcance da performance (finalidade contratual) máxima no momento da partida.

Novamente, a visão de que a restrição sobre o profissional estaria atuando em seu próprio benefício, apta a propiciar que este esteja em plenas condições de exercer a função para a qual foi contratado, e da melhor maneira possível.

Em sentido contrário, há a visão de que o regime de concentração em pouco influi no resultado final da partida, sendo instrumento que atua, principalmente, em benefício do próprio clube em detrimento do atleta.

Outra peculiaridade da norma especial se encontra na relação entre os *deveres laborais do empregado* e o *poder diretivo do empregador*; e os *deveres do empregador* e os *direitos dos empregados*, oriunda da firmação do contrato de trabalho, dessa vez, no âmbito desportivo.

Conforme já esclarecido, a própria Constituição da República de 1988 busca estabelecer os limites entre a inviolabilidade da intimidade do empregado e a incidência do poder diretivo de modo que, excepcionalmente, o empregador poderá intervir na vida extralaboral do empregado quando seu comportamento for suscetível de ocasionar danos aos interesses da empresa.²⁵

25. BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade...* cit., p. 107 e ss.

Na seara desportiva, referida relação se consagra muito claramente nas disposições dos arts. 34, II e III, e 35, I e II, da Lei 9615/1998 (Lei Pelé):²⁶

“Art. 34. São deveres da entidade de prática desportiva empregadora, em especial:

(...)

II – proporcionar aos atletas profissionais as condições necessárias à participação nas competições desportivas, treinos e outras atividades preparatórias ou instrumentais;

III – submeter os atletas profissionais aos exames médicos e clínicos necessários à prática desportiva”.

“Art. 35. São deveres do atleta profissional, em especial:

I – participar dos jogos, treinos, estágios e outras sessões preparatórias de competições com a aplicação e dedicação correspondentes às suas condições psicofísicas e técnicas;

II – preservar as condições físicas que lhes permitam participar das competições desportivas, submetendo-se aos exames médicos e tratamentos clínicos necessários à prática desportiva”.

Nesse passo, o praticante desportivo é “simultaneamente, devedor da prestação contratualmente assumida e credor das condições de viabilização da atividade correspondente”.²⁷

Afigura-se, portanto, violação do dever obrigacional do atleta a adoção de qualquer conduta capaz de lesionar a sua condição física e assim comprometer a qualidade do serviço prestado.

É a observância do já mencionado dever de diligência, diante do qual o mero cumprimento das ordens não é o bastante para exaurir a obrigação do empregado. Deve o obreiro realizar a atividade para a qual fora contratado da melhor maneira e a fim de alcançar o melhor rendimento possível por meio da aplicação e da dedicação correspondentes às suas condições físicas e técnicas.

Para tanto, cabe-lhe comparecer pontualmente aos compromissos inerentes ao exercício da profissão, quer se tratem de treinos, jogos, exames ou tratamentos.

Ressalte-se que aqui, novamente, a peculiaridade do contrato especial resulta em tratamento diferenciado ao empregado na medida em que, na prática, os critérios utilizados para aferir a realização ou não do labor em consonância com o dever de diligência pouco se fundamentam na objetividade que leva em conside-

26. BRASIL. Lei Pelé. Fragmentos dos arts. 34 e 35 da Lei 9.615 de 24.03.1998.

27. MELO FILHO, Álvaro. *Novo ordenamento jurídico desportivo*. Fortaleza: ABC, 2000. p. 141.

ração o profissional médio, como ocorre nos contratos trabalhistas ordinários. A própria natureza da atividade parece ensejar que se utilize muito mais do critério subjetivo – que leva em consideração o comportamento pessoal do empregado – e se exija do atleta uma atuação em conformidade com o seu próprio potencial desportivo.

Para João Leal Amado,²⁸ “as particulares exigências físico-atléticas da competição desportiva implicam que o praticante esteja algo mais do que numa boa condição física, ele terá de estar numa muito boa, ou mesmo numa ótima condição física. Daí que a lei acentue este dever do trabalhador: ele deverá conduzir a vida extraprofissional de modo a preservar as suas condições físicas para a competição, abstendo-se de comportamentos que possam prejudicar o seu rendimento competitivo”.

Nesse ponto, misturam-se a vida profissional e a vida privada do atleta, razão pela qual a incontinência de conduta apta de ensejar a resolução unilateral do contrato de trabalho por parte do empregador é avaliada com critérios mais rigorosos do que os adotados para os empregados em geral, podendo configurar-se, inclusive, fora dos limites físicos da sede da agremiação.

Tratam-se, portanto, de prerrogativas patronais que, conforme se tem argumentado, possuem um nexo de causalidade com o fim do contrato, que é o alcance do maior rendimento possível e uma atuação superior no âmbito dos espetáculos desportivos.

Ressalta Álvaro Melo Filho²⁹ que:

“O cumprimento das obrigações contratuais assumidas voluntariamente em troca de dinheiro e de prestígio, requer um determinado comportamento privado, que poderá ser objeto de controle pelo empregador. Ressalte-se, entretanto, que as prerrogativas patronais não são irrestritas; podem ocorrer abusos no exercício desse poder de controle. Logo, se ele for exercido com desvio de finalidade, ou seja, sem o objetivo originário, que é o maior rendimento desportivo, a faculdade exercida pelo empregador poderá ser considerada ilegal”.

3.3 *A realidade desportiva. O poder diretivo na execução do contrato e a intervenção de terceiros*

O atual crescimento do desempenho desportivo no País vem acompanhado do aumento do interesse geral na sua dinâmica. Quando ingressam no mundo do esporte, os atletas se tornam destinatários de uma preparação física, técnica e tática que evoluiu vertiginosamente nos últimos anos. Esses cuidados envolvem equipes

28. AMADO, João Leal. *Temas laborais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

29. MELO FILHO, Álvaro. *Novo ordenamento...* cit., p. 144.

de médicos, preparadores físicos, nutricionistas, massagistas, técnicos, fisioterapeutas, psicólogos, entre outras especialidades, enquanto os clubes investem em um arsenal de estratégias.

Surgem com as competições verdadeiros espetáculos e com eles um cenário no qual atuam, além dos atores principais, empresários, patrocinadores e torcidas apaixonadas, ávidas por resultados positivos e que por amor ao esporte são capazes do impensável.³⁰

Na prática do esporte de alto rendimento, além do poder empregatício, a existência de uma espécie de poder não institucionalizado, exercido por partes alheias ao contrato de trabalho *inter partes* propriamente dito, é patente. No entanto, apresenta-se inerente à atividade em si, e acaba por determinar, ao lado da direção do empregador, o desempenho dos atletas a ele submetidos.

É sob esse contexto que se indaga se a especialidade contratual capaz de justificar o aumento da subordinação do atleta ao seu empregador serviria também de substrato a toda essa ingerência que, na prática, recai sobre a realidade desportiva.

Ante a escassez de trabalhos doutrinários acerca do assunto, a percepção da conjuntura em voga foi alcançada pelo contato com alguns profissionais do meio.

O objetivo foi de conhecer o universo do qual fazem parte, compreender o que ocorre na dinâmica do esporte e aferir, sob a ótica dos envolvidos, os fatores restritivos às liberdades individuais dos seus profissionais.

A conclusão foi de que talvez o excesso de ingerência sobre a vida privada deste empregado não decorra tão somente das normas especiais que conferem ao empregador maiores prerrogativas no que diz respeito ao exercício do seu poder de direção, mas da forma como estas vêm sendo aplicadas dentro do contrato, bem como da possibilidade de que a influência externa possa vir a determinar o seu rigor.

Tomando por exemplo o esporte mais praticado no país, o futebol.

Muito embora outras modalidades desportivas também despertem interesse no cenário nacional, é indiscutível que nada se compara ao efeito que o gol do time do coração tem sobre os brasileiros.

Capaz de incendiar paixões e movimentar quantias incalculáveis, a prática do futebol traz consigo grandes restrições – laborais ou privadas – a quem o tem como profissão.

Nesse caso, mais do que os próprios superiores hierárquicos, o papel de terceiros tem se mostrado cada vez mais incisivo na determinação da conduta do profissional, e dentre os citados como grandes responsáveis pela ingerência direta na vida particular dos atletas, encontram-se os torcedores.

30. Veja-se como atuam organizadas como a “Mancha Verde” do Palmeiras ou a “Gaviões da Fiel” do Corinthians na exigência sobre os profissionais que atuam em seus clubes.

Jackson e colaboradores³¹ atentam para a importância dessas figuras não só no direcionamento do contrato, mas para o que chamam de suporte social.

Ainda que não seja parte formal do contrato de trabalho firmado, este espectador exige que resultados sejam alcançados e que, para isso, “seus” atletas cumpram à risca certas orientações, e mais, seu papel chega a ser tão determinante que a própria rotina dos atletas dentro do clube pode ser afetada.

O ex-zagueiro e capitão Marcos, do Clube Atlético Mineiro, relata que os efeitos da pressão exercida pela torcida ocorrem principalmente sobre os treinadores e dirigentes de modo que, em sua opinião, o tratamento conferido ao atleta por parte do clube se torna mais rigoroso ante a insatisfação do público e em razão da repercussão dos resultados obtidos em campo.

Como exemplo, cita que até mesmo a garantia do repouso semanal remunerado (prevista pelo art. 28, § 4.º, IV, da Lei Pelé) pode ser prejudicada.

A outra face da ingerência da torcida se dá na esfera pessoal do trabalhador. Ainda que se pense ser este aspecto alheio ao contrato de trabalho desportivo, não se pode olvidar que a situação mencionada decorre dele e só existe em função do vínculo firmado entre o profissional do esporte e a entidade desportiva que desperta a afinidade do torcedor.

Casos atuais³² exemplificam como o atleta chega a ser coagido e intimidado fora de campo enquanto forma de sanção por um revés eventualmente obtido. Trata-se de uma verdadeira ficção na qual o torcedor se sub-roga no papel do empregador e passa a exercer, ainda que ilegalmente, parte do poder diretivo a ele conferido.

Não se pode confundir, contudo, o exercício do poder disciplinar por parte de quem está legalmente legitimado, utilizando-se da aplicação de sanções compatíveis com descumprimento da obrigação contratual, com a prática de atos atentatórios à dignidade dos atletas.

31. JACKSON, M.; MAYOCHI R.; DOVER, L. (1997). Life after winning gold: II. *Journal of Sport and Exercises Psychology* 20/139-155.

32. Como o que ensejou a publicação da seguinte nota pelo presidente do Palmeiras no dia 07.03.2012, após a derrota do time em jogo pela copa Libertadores: “A diretoria da Sociedade Esportiva Palmeiras está reunida neste momento para decidir quais providências serão tomadas a respeito das agressões sofridas pelos jogadores e comissão técnica do clube, hoje de manhã, no saguão do Aeroparque Jorge Newbery, em Buenos Aires, na Argentina. O Palmeiras repudia os atos de violência, que feriram o goleiro Fernando Prass, e não reconhece como verdadeiros palmeirenses os que participaram de mais este triste episódio”. O presidente Paulo Nobre classificou como “bandidos irracionais, e não torcedores apaixonados os participantes da selvageria”.

Na verdade, de forma mais ponderada, pode ser até que haja certo interesse por parte da própria entidade desportiva na atuação do torcedor enquanto extensão do seu poder de comando.

Uma vez que o empregador tem a prerrogativa de estabelecer diretrizes comportamentais dentro e fora do ambiente de trabalho, mas não pode coagir o indivíduo a observá-las, a fiscalização por parte do torcedor tende a ser aproveitada como um meio a mais de coibir a infração das normas contratuais.

Infere-se daí que a interferência do torcedor no contrato de trabalho do atleta pode se dar não só na modulação das prerrogativas patronais no que toca à organização e ao direcionamento da conduta de seus empregados, mas no próprio exercício, ainda que ilegítimo, do poder de fiscalização e, até mesmo, do poder disciplinar. Nessa última hipótese, os atos são realizados diretamente contra a vida pessoal do profissional com o intuito de fazer com que este alcance não só a finalidade contratual do desporto (rendimento), mas principalmente resultados positivos dentro de campo – o que, como sabemos, está sujeito a diversos fatores que vão muito além do bom condicionamento físico.

Por essas e outras razões é que se entende o esporte como uma profissão distinta, na qual aflora a emoção. A relação entre empregado e empregador não se restringe às cláusulas contratuais e aos direitos e deveres recíprocos formalmente firmados, mas se insere em uma dinâmica que envolve também pessoas que vão ao campo para se divertir ou se aliviar dos próprios problemas, sempre motivados pela paixão irracional pelo time.

Assim, mostra-se como uma preocupação que os personagens principais deste espetáculo estejam preparados para atuar sempre de maneira profissional a fim de impedir que a influência externa venha a prejudicá-los.

Outro agente muito importante na delimitação dos contornos do contrato de trabalho desportivo reside na figura do treinador. A este é delegada pelo empregador a prerrogativa de direcionar a forma como o trabalho será desempenhado pelo atleta.

Trata-se de dar conteúdo concreto às regras gerais estabelecidas pelo regimento da entidade desportiva. São ações relacionadas à mobilização, ao desenvolvimento e à utilização dos recursos humanos disponíveis.

Mais do que um simples preposto, o técnico carrega consigo a responsabilidade de lidar com as características individuais de cada atleta, e acaba construindo uma relação de confiança que vai além das formalidades contratuais.

A respeito, Marcelo Oliveira³³ explica que “muito embora a instabilidade da profissão requeira que o treinador se concentre especialmente na parte tática, há

33. Técnico Campeão Brasileiro de 2013 no comando do Cruzeiro Esporte Clube.

também uma busca pela aproximação dos jogadores a fim de compreender as questões subjetivas que os afetam”.

Nesse aspecto, aparecem fatores que vão desde a organização tática da equipe, passando pela preparação emocional e pela administração do grupo, chegando aos métodos de trabalho propriamente ditos.

No que se refere às questões de liderança, principalmente no que concerne ao papel do técnico e à influência de suas ações no grupo de jogadores, argumentam Riemer e Chelladurai (1998)³⁴ que os atletas reagem positiva ou negativamente à forma como o técnico utiliza a habilidade técnica e tática dos jogadores, seleciona e aplica estratégias de comando apropriadas, treina e instrui os atletas e trabalha individualmente com cada jogador.

Quanto à sua relação com o grupo de jogadores, foi ressaltada ao longo das entrevistas a importância de aspectos relacionados à integridade pessoal do líder como determinantes na construção de uma identificação do jogador com a própria profissão. Ser empático e correto, ter um bom relacionamento com os atletas e estar próximo tanto no acerto quanto no erro são ações que incentivam a atuação do profissional com mais segurança e influenciam na melhora do seu desempenho.

Com base nessa constatação, estaríamos diante de uma nova forma de se alcançar o alto rendimento.

3.4 O investimento no profissional: forma alternativa de buscar a finalidade do contrato

Não só os clubes, mas os próprios atletas têm aprendido a valorizar alguns aspectos psicológicos relacionados à necessidade de disciplina, conduta, responsabilidade e autoconfiança, que passaram a ser definitivos na contratação de um profissional.

Nesse sentido, a par daqueles que, de forma lícita ou não, intervêm no contrato desportivo, o fato é que caso o próprio atleta não treine ou deixe de observar certas orientações que lhe garantam a boa forma física, inevitavelmente haverá queda no seu rendimento.

Do mesmo modo que se reconhece que as prerrogativas patronais são restritas e que não devem ocorrer abusos no uso deste poder de controle, por outro lado, o bom exercício da profissão depende também da consciência do próprio empregado, para que este se abstenha de realizar atos que venham a prejudicar a sua evolução.

Trata-se de compreender que muito embora a prestação do serviço se opere em favor da entidade desportiva, a prática de atos prejudiciais ao alcance do alto ren-

34. RIEMER, H. A.; CHELLADURAI, P. (1998). Development of athlete satisfaction questionnaire. *Journal of Sport and Exercise Psychology* 20/127-156.

dimento repercutirá não só na precarização de seu desempenho dentro de campo, mas também na degradação do próprio corpo, fazendo com que a vida útil enquanto profissional do ramo se reduza.

A supervalorização de resultados em detrimento do desportista enquanto indivíduo e profissional não só torna a atividade muito mais instável, como relativiza a importância do investimento na formação do trabalhador para além do que diz respeito à tríade conhecimento tático, condicionamento físico e talento.

O que se quer enfatizar é que investir na formação pessoal e profissional do empregado pode funcionar enquanto forma alternativa de se buscar a finalidade do contrato, uma vez que grande parte dos atletas consideram a importância de se ter prazer em atuar como algo que influencia positivamente a performance, aumentando a motivação e a confiança.

Quero dizer, ao serem criadas tantas amarras sob a justificativa de alcançar a alta performance, não se estaria indo de encontro, justamente, ao resultado oposto ao almejado? A ingerência exacerbada não estaria impedindo a valorização do que realmente se deveria esperar de um trabalhador? “antes a criatividade que a repetição, mais a inteligência – ou o coração – do que as mãos”?.³⁵

Assim, a crítica recai, de certa maneira, sobre a relativa falta de profissionalismo no desporto como um todo.

Nesse passo, a busca constante pelo aumento da profissionalização do esporte tem o papel de evitar que a entidade desportiva intervenha de forma passional e irrestrita nas esferas laboral e pessoal da vida do atleta, e para que nele próprio se manifeste o anseio de alcançar o alto rendimento enquanto objetivo e finalidade da função escolhida, sem que seja levado a acreditar que o bom exercício da profissão está somente, como diria o Professor Márcio Túlio Viana, no “trabalhador performático”, obcecado pela “velocidade, pelos desafios, pelos riscos e até pelo show”.

É verdade que nesse último caso se pode argumentar, também com razão, que o poder de comando estará presente – ainda que internalizado. Seja como for, porém, a intimidade e a privacidade do atleta estarão melhor preservadas.

4. A FUNÇÃO JUDICANTE

O esporte está presente na cultura de diversos países, e a exemplo do que ocorre com o futebol no Brasil, transformou-se em algo de muito maior significado do que uma opção popular de lazer. Falamos de fatores verdadeiramente determinantes na construção de sociedades e que chegam a se confundir com a própria identidade

35. Márcio Túlio Viana. Professor de Direito da UFMG e PUC-Minas.

nacional. Em razão disso, muitas foram as décadas necessárias para que sua prática pudesse ser encarada como trabalho.

Atualmente, contudo, não restam dúvidas de que a Justiça do Trabalho tem competência para examinar a relação laboral entre o atleta profissional e o respectivo clube. Cabe explorar qual deve ser a atuação jurisdicional diante de conflitos dessa natureza.

Em uma realidade na qual, cada vez mais, o homem vive do seu labor e o acesso ao trabalho bem como o direito de exercê-lo constituem condições indispensáveis à dignidade e ao pleno desenvolvimento de sua personalidade, o papel do Juiz está em ler as entrelinhas e compreender que na relação trabalhista pode haver muito mais do que cláusulas, normas ou princípios violados.

O Direito do Trabalho que, por si só, sempre se mostrou entranhado de emoções, nesta relação específica se encontra ainda mais envolto em questões passionais, que vão além do que à primeira vista o litígio possa versar.

A integração legislação/jurisprudência abre espaço para a tutela eficaz das liberdades individuais no âmbito das relações trabalhistas brasileiras, e aqui não seria diferente. Assim, no caso concreto, o Juiz deverá, em conformidade com o que prevê a legislação especial, aplicar o conjunto das normas de direitos fundamentais previsto na Constituição e na lei ordinária, e exercer o seu controle por meio do juízo de proporcionalidade autorizado no art. 5.º, § 2.º, da Carta Maior.

Na ausência de norma legal, ainda, deverá ponderar em que medida a conduta ou o comportamento de um particular lesionou o direito fundamental de outro particular.

Lutar contra os estreitos limites fixados pelo direito é um desafio, mas uma vez compreendidos os fatores incidentes sobre este contrato de trabalho e as especificidades a ele inerentes, é possível que o juiz manifeste a sua vontade com responsabilidade e comprometimento com a justiça.

Ou não está a função social do direito justamente na busca pela verdadeira (digo, não aparente) solução do conflito?

A respeito, algumas palavras escritas com muita sensibilidade pelo Professor Márcio Túlio Viana:³⁶

“Esse direito produzido pelo juiz – direito judiciário – é mais móvel, mais rente à vida, mais rápido, e assim mais sintonizado com um tempo em que o presente está em alta”.

(...) “é um direito construído não só de forma mais pragmática, com olhar na realidade, mas de modo mais criativo, com suporte na Constituição – pois é nela

36. Professor de Direito da UFMG e PUC-Minas.

que se encontram as grandes declarações de direitos, especialmente humanos, com suas (também grandes) abertura e fluidez”.

“Afinal, um juiz que cumpre sua verdadeira missão, ajudando a reduzir as desigualdades sociais, terá mais possibilidades de se sentir – também como exigem os novos tempos – mais leve, livre e feliz”.

Assim, cabe ao julgador aproximar-se do caso concreto e averiguar se a prerrogativa atribuída ao empregador, bem como, o seu exercício, ainda se encontram dentro da legitimidade do poder diretivo.

Isso porque, muito embora a profissão de atleta profissional possua diversas peculiaridades, este trabalhador deve ser visto como qualquer outro, hipossuficiente diante de seu empregador e detentor de direitos trabalhistas, que devem ser respeitados.

5. CONCLUSÃO

Vimos neste estudo que o poder diretivo patronal é um direito inerente à formação do contrato de trabalho, diante do qual o empregador ou aquele que atue em seu nome é legitimado a instituir certas normas com o objetivo de promover o bom andamento empresarial.

Ao lado da prerrogativa organizacional, buscam dar efetividade ao poder de direção os poderes de fiscalização e disciplinar, os quais, respectivamente, se traduzem na faculdade de fiscalizar as atividades dos seus subordinados, e na capacidade de aplicar sanções ao empregado infrator dos deveres a que está sujeito por força de lei, de norma coletiva ou do contrato.

Tem-se, contudo, que o exercício dessa prerrogativa não é ilimitado e, como já mencionado, está condicionado à observância da finalidade empresarial, bem como à preservação dos direitos da personalidade do obreiro.

Ao ser submetido ao poder diretivo do empregador, é certo que o empregado sofrerá determinadas limitações ao seu direito à intimidade e à privacidade.

Em se tratando de contrato regido pelas normas gerais trabalhistas, a regra é que estes só poderão ser afetados quando o empregado estiver inserido no organismo empresarial, na medida imprescindível para o correto desenvolvimento da atividade produtiva. Na esfera desportiva, contudo, a especialidade contratual requer tratamento diverso, adequado às peculiaridades da relação firmada entre o atleta e a entidade contratante.

Assim, constatado que sobre a atividade desempenhada recaem características incomuns, conclui-se que alguns princípios de Direito Constitucional do Trabalho terão de ser relativizados, sem que isso signifique, naturalmente, a ausência de limites ao poder diretivo patronal.

Com base neste entendimento, certas ingerências, que nos contratos ordinários configurariam abuso de poder, passam a ser permitidas quando se tratam dos contratos desportivos, haja vista que a sua finalidade é a obtenção do alto rendimento e para alcançá-lo o profissional deve se sujeitar a um grau de subordinação extraordinário – no sentido próprio da palavra, ou seja, de *não ordinário*.

Na verdade, além das normas gerais instituídas como em qualquer ambiente laboral, é realmente necessário que o atleta se submeta de forma mais ampla e intensa às determinações patronais, de modo que estas passam a abranger não só a atividade esportiva realizada, mas alguns aspectos pessoais, tais como: controle de alimentação, peso, horas de sono, e até mesmo – no limite – aspectos mais íntimos.

A obrigatoriedade do regime de concentração, a sujeição aos exames médicos e a vedação de práticas que venham a prejudicar o bom condicionamento físico do atleta são exemplos de como a entidade desportiva atua na manutenção do bom desempenho do profissional e na busca pelo desenvolvimento do seu potencial máximo.

Ocorre que ao longo de sua carreira o atleta pode ser exposto a diversas situações as quais não se enquadram dentre as prerrogativas patronais, ultrapassando os limites do poder de direção conferido ao empregador. E que, na prática, não só este ou seus prepostos acabam por interferir na esfera individual do empregado.

É também característico da atividade que a atuação de terceiros, formalmente alheios ao contrato de trabalho firmado, seja tão incisiva quanto a da entidade desportiva em si, podendo influenciar o tratamento conferido ao atleta dentro do seu local de trabalho e, principalmente, restringir a sua liberdade fora de campo.

Discutiu-se, portanto, se a especialidade contratual capaz de ensejar o aumento da subordinação do atleta ao seu empregador serviria também de substrato para legitimar a conjuntura desportiva atual e toda a ingerência que na prática recai sobre o profissional do esporte, chegando à conclusão de que, uma vez alheias ao acordo firmado entre empregado e empregador, essas intervenções se afastam do profissionalismo.

Manter a imagem, a atuação e os resultados esperados torna-se um exercício estressante, principalmente porque o jogador é levado a crer que tudo depende dele.

A supervalorização do resultado e a obsessão pelo alcance da alta performance podem chegar ao ponto em que excedem a finalidade contratual e passam a minar a individualidade do empregado.

Cerceia-se, com a padronização do atleta, a função criadora que é inerente à arte do esporte, reduzindo o homem – ou o “super-homem” – à perfeição da máquina, esta fria e previsível.

Estabelecer os limites do exercício do poder diretivo e entender os fatores relacionados ao desempenho podem auxiliar tanto empregador, quanto empregado, a terem um maior cuidado com esta carreira, resultando na preservação da saúde e do bem-estar dos que por ela optarem.

Ao julgador, por sua vez, cabe, no exercício de sua função social, caminhar pelo direito e compreender tanto a especialidade contratual quanto as peculiaridades da relação firmada, a fim de manifestar a sua vontade com responsabilidade e comprometimento com a justiça.

Assim, tendo-se a modernização do esporte como um imperativo, é importante reestruturar as formas de gestão dos clubes, promover a conscientização da torcida e dos próprios atletas, buscando lhes resguardar a integridade física e psicológica – a fim de garantir a alta competitividade e, ainda assim, preservar a individualidade que nos surpreende a cada espetáculo.

Como dissemos, é verdade que nesse último caso o poder de comando estará presente – ainda que internalizado – porém, a intimidade e a privacidade do atleta estarão melhor preservadas.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- AMADO, João Leal. *Temas laborais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.
- BAPTISTA, Albino Mendes. *Estudos sobre o contrato de trabalho desportivo*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2011.
- _____. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: Ed. LTr, 2009.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Fragmentos dos arts. 5.º e 7.º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- _____. *Código Civil de 2002*. Art. 932 da Lei 10.460, de 10.01.2002.
- _____. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Fragmento do art. 482 do Dec.-lei 5.452 de 01.05.1943.
- _____. *Lei Pelé*. Fragmentos dos arts. 28, 34 e 35 da Lei 9.615 de 24.03.1998.
- CÂNDIA, Ralph. *Comentários aos contratos trabalhistas especiais*. 2. ed. São Paulo: Ed. LTr, 1990.
- CATHARINO, José Martins. *Compêndio universitário de direito do trabalho*. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972.
- _____. *Contrato de emprego*. Guanabara: Edições Trabalhistas, 1965.
- _____. *Contrato de emprego desportivo no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. LTr, 1969.
- DE CUPIS, Adriano. *El daño*. Trad. de la 2. ed. italiana por Angel Martinez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1975.
- DELGADO, Maurício José Godinho. *Poder empregatício*. Tese de doutorado. São Paulo: Ed. LTr, 1996.
- DONATO, Messias Pereira. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1992.

- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história de violência das prisões*. Petrópolis: Vozes, 1975.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1971.
- JACKSON, M., MAYOCHI R.; DOVER, L. (1997). Life after winning gold: II. *Journal of Sport and Exercises Psycholgy*, 20, 139-155.
- LAMARCA, Antônio. *Manual das justas causas*. São Paulo: Ed. RT, 1977. p. 151.
- MAGANO, Octavio Bueno. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- MARCHESINI, Gualtiero Martin. El Poder de Dirección. *Revista de Direito do Trabalho*. ano 12. n. 65. p. 18. jan.-fev. 1987.
- MELO FILHO, Álvaro Nova Lei Pelé, avanços e impactos. Rio de Janeiro: Maquinaria Editora, 2011.
- _____. *Novo ordenamento jurídico desportivo*. Fortaleza: ABC, 2000.
- MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao direito do trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 1971.
- RIEMER, H. A.; CHELLADURAI, P. (1998). Development of athlete satisfaction questionnaire. *Journal of Sport and Exercise Psychology*. 20, 127-156.
- SANTORO, Luiz Felipe Guimarães. Afinal, para que servem os contratos? *Revista Brasileira de Direito Desportivo*. vol. 2. p. 97. São Paulo: IBDD, dez. 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- TASSO, Fernando. *Direito do trabalho desportivo*. Atualizado com a Nova Lei Pelé. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Ed. LTr, 1999.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Hora extra de um atleta profissional de futebol durante a concentração, de Heyder Campos da Silva – *RBDD* 19/201 (DTR\2011\1875); e
- Extinção do contrato de trabalho do atleta profissional de futebol em âmbito nacional e internacional, de Christian Pfeifer Koelln – *RBDD* 19/139 (DTR\2011\1874).

COMO GARANTIR UMA LIGA DESPORTIVA COMPETITIVA?

DAS TENTATIVAS DO MODELO DOS EUA À SÉRIE B NA ITÁLIA

LUCA SMACCHIA

LL.M. em International Sports Law em 2013 pelo Instituto Superior de Derecho y Economía (ISDE), em Madrid.
Graduado em Direito pela Universidade de Bari. Advogado Italiano.

ÁREA DO DIREITO: Desportivo

RIASSUNTO: L'obiettivo di quest'articolo è di comparare i sistemi sportivi Americano ed Europeo al fine di comprendere le loro differenze strutturali che riflettono le divergenti culture e legislazioni. Dopo aver discusso le dissimilarità costituzionali dalle quali si origina la discordante concezione di lega sportiva, si evidenzierà come le leghe USA tentano di assicurare il *competitive balance* laddove in Europa l'applicazione di determinate regole incontra delle problematiche. Infine sarà esaminato come in Europa l'emergente interesse finalizzato alla protezione delle finanze dei club fronteggia delle difficoltà che rendono necessario un intervento dell'Unione Europea volto ad assegnare allo sport lo spazio che merita nel panorama legale continentale.

PAROLE-CHIAVI: Modello sportivo Europeo – Diritto della concorrenza – Tetto salariale.

ABSTRACT: This article compares the American and the European sport systems in order to understand their different structures, which reflect the divergent sport culture and legislation. After discussing the constructional dissimilarity, from where the discordant conception of sports league arises, it will be shown how US Leagues try to ensure the competitive balance and why in Europe, the application of certain rules faces some problems. In addition to this, it will be examined that in Europe a certain interest, aimed to secure the finances of clubs, is emerging but with controversial consequences and it will be shown why it is necessary a legislative intervention of EU in order to give sport the place that deserves.

KEYWORDS: European sports model – Competition – Salary cap.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Os modelos desportivos: 2.1 O modelo europeu de esporte; 2.2 O modelo esportivo americano – 3. O desporto e as leis da concorrência: 3.1 Desportos e o direito da concorrência nos EUA; 3.2 *Sports* e o direito da concorrência na União Europeia – 4. A importância do *competitive balance*: 4.1 Os remédios dos EUA; 4.2 A transformação Europeia: 4.2.1 UEFA *Financial Fair Play*; 4.2.2 Serie B *Salary Cap* – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O esporte significa muito para nós.

O esporte é paixão, é competitividade, é um sentimento, é uma sensação, é vida. Mas de outro ponto de vista, que está se desenvolvendo durante os últimos 20 anos

na Europa, o esporte é considerado também uma questão econômica, um gerador de rendimentos.

Este conceito está presente desde os anos 30 nos Estados Unidos da América, onde as atividades esportivas são importantes não só pelas suas rigorosas especificidades, mas também em razão de todos os aspectos pelos quais afetam as pessoas e a sociedade. Conceitos como o profissionalismo, os direitos de TV, o equilíbrio competitivo e as relações com as leis estaduais, em especial no domínio antitruste, representam os pilares históricos do desporto dos EUA.

A principal diferença entre o modelo dos EUA e o modelo europeu é que o primeiro é feito sob medida para o bem-estar coletivo das ligas, das quais as equipes fazem parte, enquanto o segundo é mais focado no interesse individual da cada equipe.

A partir dessa divergência conceitual, os dois modelos foram construídos de uma maneira oposta: na Europa, um campeonato é gerido dentro de uma federação desportiva nacional, que é parte de uma federação internacional reconhecida pelo COI (Comitê Olímpico Internacional), vértice da estrutura piramidal esportiva, e o esporte se sujeita às leis de concorrência da UE por o seu perfil econômico.

Nos EUA, as principais ligas (basquete, beisebol, hóquei no gelo e futebol americano) são administradas por entidades privadas fechadas, que organizam e regulam o torneio de forma horizontal. Por essas características peculiares, são isentas do *Sherman Act*, a lei federal em direito da concorrência.

As ligas americanas se preocupam com a incerteza do resultado, que é essencial, a fim de garantir a concorrência e estimular o interesse dos fãs. Por esta razão, e através da introdução de soluções, tais como regras de *free agency*, a *revenue sharing* e, em particular, o *salary cap*, estas ligas tentaram assegurar o equilíbrio competitivo.

Durante os últimos anos, a proteção da competitividade entre os clubes envolvidos em campeonatos tornou-se mais importante para os governantes europeus de futebol, e alguns princípios norte-americanos foram exportados para a Europa. Em 2010, a UEFA, a fim de melhorar a situação econômica e financeira dos clubes europeus, introduziu, por meio do Financial Fair Play, uma espécie de freio para os investimentos liberais dos proprietários de clubes; com esse mesmo intuito, na Itália, a partir da temporada 2013-2014, a Lega Nazionale Professionisti Serie B incluiu um *salary cap* em seus regulamentos.

É possível exportar remédios entre dois modelos completamente diferentes? As reformas da Europa são compatíveis com o direito comunitário da concorrência? Quais são as consequências dessa transformação? Melhoram o equilíbrio competitivo na Europa?

Nas páginas seguintes, será mostrado que a realidade é diferente do que as pessoas percebem.

2. OS MODELOS DESPORTIVOS

O mundo do esporte é caracterizado principalmente por dois tipos de paradigmas diferentes: o modelo europeu e o modelo americano.

2.1 *O modelo europeu de esporte*

O esporte passou a ser uma atividade organizada na Europa no final do século XIX. Em 1894, foi fundado o Comitê Olímpico Internacional (COI) e, após dois anos, ocorreu na Grécia a primeira edição dos Jogos Olímpicos.

O COI, promovendo os seus princípios básicos, tais como o *fair play*, a solidariedade e a amizade, influencia fortemente toda a estrutura hierárquica piramidal do desporto europeu, que é verticalmente estruturada em princípios democráticos.

Cada federação nacional faz parte de uma federação internacional reconhecida pelo movimento olímpico. A liberdade de praticar o esporte é reconhecida, sem discriminação, a qualquer pessoa por parte da União Europeia, que também considera o esporte como uma atividade econômica. O modelo europeu é um modelo misto, caracterizado pelo sistema de promoção e de rebaixamento, definido pela Comissão Europeia, um dos elementos chave do mesmo modelo, no qual os órgãos governamentais e não governamentais, assim como os atletas amadores e profissionais, coabitam.

2.2 *O modelo esportivo americano*

O modelo americano, que é basicamente fundado sobre bases horizontais e governado pela cooperação de jogadores e proprietários de clubes, difere em muitos aspectos do modelo europeu. Desde que as primeiras ligas nasceram, concentraram-se no aspecto comercial do desporto e imediatamente compreenderam o potencial da figura do entretenimento esportivo.

Nos EUA os atletas amadores, jogando em nível universitário, e os profissionais, atuando em NBA, NFL, MLB e NHL, são estritamente divididos entre as equipes; além disso, as ligas profissionais norte-americanas não aplicam o sistema de rebaixamento e promoção. Elas estão fechadas, concentradas na maximização do lucro e na comercialização em bases mundiais, sendo isentas do direito da concorrência para a natureza econômica do mercado de esporte.

3. O DESPORTO E AS LEIS DA CONCORRÊNCIA

A relação entre o esporte e o direito da concorrência é um dos aspectos mais importantes na comparação entre o modelo americano e o modelo europeu. Nos

EUA o esporte é relevante para a economia nacional, mas como é organizado de uma forma horizontal, considera-se não incidental sobre os negócios do Estado e isentos do direito da concorrência, enquanto na Europa o desporto, como atividade econômica, está sujeito ao Tratado da União Europeia.

3.1 Desportos e o direito da concorrência nos EUA

Nos EUA os estatutos federais governam as questões trabalhistas e antitruste e os interesses de prevenir comportamentos anticoncorrenciais nos negócios, de promover a concorrência e de proteger os trabalhadores, também relevantes no desporto, são chave para o governo.

O *Sherman Act*, a primeira lei federal sobre a competição nos EUA, teve como objetivo limitar monopólios e cartéis e foi promulgada em 1890. Essa lei proíbe atividades empresariais determinadas que sejam consideradas anticoncorrenciais e exige que seja o governo federal a investigar e perseguir as organizações, os trustes e as empresas suspeitas de estar em violação.

Em 1914 algumas práticas antitruste fora do âmbito do *Sherman Act* foram adicionadas pelo Congresso Nacional passando o *Clayton Act* que prevê uma isenção para atividades sindicais, a chamada *non-statutory exemption*, dizendo que “the labor of a human being is not a commoridity or article of commerce, and permetting labor organizations to carry out their legitimate objective”.¹

Beisebol, futebol, basquete e hóquei têm tido batalhas legais envolvendo a aplicação das leis antitruste.

Em 1922 o STF com a *decisão Federal Baseball Club of Baltimore, inc. v. National League of Professional Baseball Clubs baseball*,² considerou o beisebol como um *amusement*, uma diversão, organizada em modo independente e operada pelos proprietários dos clubes e como não foi reputado incidental no comércio interestadual as leis antitruste não foram aplicadas.

Esta decisão permitiu a *Reserve rule*, que impedia que um jogador mudasse em bases livres de equipe no final do seu contrato de estar em vigor até 1975, quando o árbitro Peter Seitz abriu as portas para a *free agency*.

Uma regra similar, a chamada *Rozelle rule*, esteve presente no regulamento NFL e só em 1976, com a *decisão Mackey v. NFL*³ foi reconhecida como uma restrição

-
1. O trabalho de um ser humano não é uma mercadoria ou artigo de comércio, e as organizações de trabalho podem promover os seus objetivos legítimos.
 2. Corte Suprema EUA, *Federal Baseball Club v. National League*, 259 U.S. 200, 1922.
 3. Corte Suprema EUA, *John Mackey v. National Football League*, 543 F.2d 606, 1976.

excessiva do comércio. A exceção, de acordo com o teste estabelecido pelo tribunal aplica-se as ligas quando:

- O acordo respeita uma disciplina obrigatória de acordo coletivo de trabalho;
- A restrição ao comércio afeta apenas as partes da relação de negociação coletiva;
- O acordo é o produto de negociação em boa fé.

Graças à intervenção jurídica foi criada a isenção *non statutory* permitindo a união de criar monopólios produtos de um acordo negociado em boa fé compatível com o teste de Mackey.

Hoje em dia uma histórica decisão poderia mudar a relação entre as ligas EUA e a lei antitruste. Com a decisão *American Needle v. NFL*⁴ em 2012 a Suprema Corte não considerou a NFL como um único sujeito ativo no mercado da propriedade intelectual, e reconheceu que o contrato de licença exclusiva, assinado pelas NFL e Reebok, impedia que cada único clube negociasse individualmente o seu contrato de licença, penalizando outras marcas de vestuário como American Needle.

Por isso NFL, utilizando o seu monopólio para impedir a American Needle de vender produtos das equipes, violou as leis de concorrência.

3.2 Sports e o direito da concorrência na União Europeia

Como dissemos no capítulo anterior, um papel fundamental no desenvolvimento do esporte na Europa é coberto por umas entidades privadas: as federações desportivas.

Durante muitos anos, estes organismos autônomos estavam lado a lado com as autoridades públicas e, regulando o seu próprio campo, criaram um sistema legal independente e alternativo à Justiça estatal. Na Europa as federações desportivas têm um poder transnacional e seus órgãos de Justiça específicos.

O desporto foi diretamente mencionado no tratado europeu só em 2009 e isso contribuiu a consolidar a autonomia das federações. Em 1974 as características comerciais do desporto e a sua atração negocial capturaram a atenção da UE.⁵ O Tribunal de Justiça reconheceu que o movimento constituindo uma atividade econômica caía no âmbito do direito comunitário. Este postulado permite às autoridades da comunidade sentirem-se envolvidas em questões esportivas. No passado, como

4. Corte Suprema EUA, *American Needle, Inc. v. National Football League*, 560 U.S., 2010.
5. Tribunal de Cycliste Internationale, Koninklijke Nederlandsche Wierlen Unie e Federación Espanola Ciclismo. Justiça, sentença 12.12.1974, 36/74, B.N.O. Walrave, I. J.M. Koch c. Association Union.

acontece com a decisão Bosman, algumas regras desportivas foram consideradas discriminatórias e contrárias às disposições da UE.

Os órgãos de Justiça da UE afirmaram que as regras do esporte, estritamente referidas apenas aos assuntos desportivos, estão fora do escopo do tratado, porque são puramente relativas às competições. Esta orientação mutuou em 2006. Pela decisão *Meca-Medina*,⁶ o Tribunal Europeu de Justiça afirmou que cada regra desportiva deve respeitar o direito comunitário da concorrência. A União Europeia, influenciada pela tradição EUA, tem regras antitruste nos arts. 101 e 102 do tratado TFUE.

O art. 101 proíbe os acordos que podem afetar o comércio dos Estados-membros ou podem restringir ou falsear a concorrência no mercado comum e o art. 102 sanciona o abuso de posição dominante no mercado comum uma vez que pode afetar as trocas comerciais entre os Estados-membros.

Este tipo de abordagem representa uma grande mudança nas relações entre o esporte e a União Europeia.⁷ Um quadro legal específico dentro das regras da UE é urgente. Atualmente o esporte é interpretado apenas como uma atividade econômica e regras como as sobre as transferências, a venda de ingressos e os direitos de transmissão são todas submetidas ao rígido controle da UE. Para cada regra do esporte é necessário verificar caso a caso a sua legitimidade e a proporcionalidade dos seus efeitos restritivos para o mercado comum. Este não parece ser o curso correto de ação. O desporto não pode ser considerado apenas como uma prática econômica enquanto, algumas relações típicas como as entre os atletas são apenas relações desportivas.

Algumas outras intervenções de órgãos da União Europeia tentaram retrainir esta posição, mas ninguém tem o poder jurídico de uma sentença do Tribunal Europeu de Justiça. Portanto uma intervenção legislativa significativa da União é indispensável para dar ao desporto uma localização correta no quadro jurídico europeu.

4. A IMPORTÂNCIA DO *COMPETITIVE BALANCE*

O *competitive balance* é o nível de equilíbrio de uma competição. O sucesso de uma liga depende do equilíbrio competitivo enquanto maior é a competição, mais interessante é para os fãs e a imprevisibilidade de um resultado aumenta a participação deles.

Assim, o equilíbrio competitivo está ligado à expectativa das pessoas em uma competição e a incerteza do resultado aumenta a demanda do desporto.

6. Tribunal de Justiça, sentença julho 2006, David Meca-Medina and Igor Majcen v European Commission, 519/04, 2006.

7. Livro branco sobre o desporto 2007.

Em 1956 Rottenberg,⁸ analisando o beisebol americano, foi o primeiro estudioso a compreender a importância do equilíbrio competitivo dentro de uma competição desportiva e o seu poder de atração sobre as pessoas. O interesse para a saída de um único jogo representa o interesse no curto prazo, enquanto o interesse para o resultado da competição representa o interesse a longo prazo.

Mas todas as tentativas de melhorar o equilíbrio dentro do campeonato não serão acetadas por cada equipe, mais interessada no seu próprio potencial.

Além disso, nem todos os fãs estão interessados no equilíbrio da competição. Podemos dividir os fãs em comprometidos, interessados apenas nos resultados de sua equipe, e não comprometidos, interessado em toda a competição em geral. O poder de atração do equilíbrio competitivo depende do número de fãs não comprometidos e é por isso que as ligas americanas sempre colocam muita atenção sobre este aspecto.

4.1 Os remédios dos EUA

O primeiro remédio a ser utilizado foi a *revenue sharing*.

O conceito de *revenue sharing* consiste na divisão das entradas dos clubes entre todos os participantes da liga. O exemplo mais comum de *revenue sharing* é a divisão das entradas geradas pela comercialização dos direitos televisivos. A liga vende todos os direitos televisivos dos jogos do campeonato e a renda é compartilhada entre todos os clubes. Mas nos EUA também uma porcentagem de outros tipos de entradas dos clubes é dada para o campeonato e é compartilhada entre todos.

Outra solução comum das ligas dos EUA é o *salary cap* que impõe um limite obrigatório predeterminado a cada temporada por um conjunto de critérios estabelecidos no acordo coletivo de trabalho para os custos de salários dos jogadores.

A estrutura do *salary cap* muda em cada liga em termos de dinheiro, de determinações do limite e de isenções.

Um *salary cap* pode ser definido como *hard cap* ou *um soft cap*.

O *hard cap*, o sistema mais rígido, é o valor máximo que não pode ser ultrapassado e um contrato em violação desta regra pode ser sancionado.

O *soft cap* tem menos multas, menos penalidades e muita mais isenções.

O *salary floor* é a quantidade mínima de dinheiro que uma equipe deve gastar em salários e, de acordo com o conceito de *luxury tax*, uma equipe, para cada dólar gasto acima do limite, deve pagar a mesma quantidade para o campeonato.

8. ROTTENBERG, S. The Baseball Players' Labor Market. *J. of Pol. Ec.* vol. 64. n. 3. 1956, p. 242-258.

O *salary cap* foi adotado pela primeira vez pela NBA. Foi a solução para os problemas econômicos das equipes e hoje atua como *soft cap* com uma série de isenções que permitem que uma equipe possa gastar acima do limite.

No contrário NFL e NFL adotaram um *hard cap*. As equipes devem ficar abaixo do limite e a violação da restrição implica multas, cancelamento de contratos e perda de posições no *draft*.

4.2 A transformação Europeia

A partir dos anos 90 os órgãos governamentais das ligas europeias começaram a ser mais focados no aspecto negocial do futebol.

Os primeiros contratos com *pay-tv* foram assinados e os clubes compreenderam o seu poder no mercado.

Como já explicado acima, o sistema europeu é completamente diferente do dos EUA. Na América há apenas uma liga fechada de futebol profissional, enquanto na Europa há mais de 20 ligas de futebol. Por esta razão, considerando-se o direito *anti-trust* da UE e considerando-se também o sistema desportivo hierárquico, a adoção de soluções destinadas a melhorar o equilíbrio competitivo, é muito complexa.

4.2.1 UEFA Financial Fair Play

O *Fair Play* Financeiro (FFP) foi apresentado pela UEFA em 2010 dentro do conceito de licenciamento de clubes já introduzido em 2004-2005 pelo governo do futebol europeu.

Todos os clubes que participam na competição gerida pela UEFA devem cumprir algumas normas administrativas e legais mínimas.

Em 2010, a UEFA, a fim de melhorar a capacidade econômica e financeira dos clubes, para proteger a viabilidade a longo prazo e a sustentabilidade do futebol europeu, acrescentou os requisitos em matéria de solvabilidade e finança. As condições mais importantes previstas pela FFP são de ser solvente e respeitar a controversa regra *break-even* que impõe uma restrição aos investimentos dos proprietários.

As despesas não devem exceder os rendimentos, onde os rendimentos são os que vêm de tele difusão, venda de entradas, patrocínios e venda de jogadores.

Apesar do reconhecimento operado pela Comissão Europeia,⁹ ao analisar esta disposição, de acordo com os critérios introduzidos pela decisão *Meca- Medina*, parece que a proibição não seja proporcional à luz do objetivo prosseguido.

9. Comissão Europeia – UEFA, joint statement, 21.03.2012.

Ela poderia conter os investimentos, fossilizar a estrutura de mercado e reduzir as transferências de jogadores, todas consequências contra a disposição antitruste do tratado UE. Estas restrições parecem ser anticompetitivas e impostas verticalmente pela UEFA.

Além disso, não implicam qualquer tipo de melhora no equilíbrio competitivo dos campeonatos. Cada clube pode gastar como ganha e, portanto, clubes que ganham mais podem gastar mais, e esses são os que têm mais fãs, mais patrocinadores e mais rendimentos devidos à sua história ou seu maior mercado.

Esta disposição é apresentada pela UEFA como objetivo para disciplinar a situação financeira dos clubes, mas vai ossificar a competição europeia e a limitar o potencial de desafiar os grandes clubes.

4.2.2 *Serie B* Salary Cap

Em março de 2013, a assembleia geral da Lega Nazionale Professionisti Serie B (LNP-B) introduziu pela primeira vez o *salary cap* no futebol europeu.

Os 22 clubes inseriram as novas regras no *Codice di Autoregolamentazione* adotadas pela LNP-B desde 2010.

As equipes decidiram ratificar um *soft salary cap* estabelecendo que, a partir da temporada 2013-2014, o limite de gasto para os salários não pode ser maior dos 60% das entradas de produção do ano anterior e o salário de um jogador não pode ser maior de 300.000,00 considerando tanto a fixa quanto a parte variável do salário.

Esse limite constitui um *soft salary cap*, pois é possível infringir a regra e dar a um jogador mais dinheiro.

A metade do que em excedente será deduzido do montante de mutualidade atribuído pela Série A, que cabe a cada clube da Série B no início de cada época desportiva. Por exemplo, um excesso de 100.000,00 no salário de um jogador irá a configurar uma dedução de 50.000,00 da parte de mutualidade do clube vindo da Série A na temporada seguinte. O presidente da Série B afirmou que essa regra era necessária a fim de reduzir as perdas dos clubes enquanto foram crescentes nos últimos anos. O objetivo foi a restauração dos clubes e a estabilização do sistema. Como destacamos na parte anterior, o *salary cap* é a medida adequada para reduzir as despesas e tentar maximizar os lucros, mas, no caso da Série B, devem ser consideradas também as consequências negativas que provocará.

O sistema italiano não é um sistema fechado. Todos os anos, três equipes da Série B são promovidos para a Série A, um campeonato onde não há limite para salários de jogadores. Além disso, o mercado europeu é um mercado aberto e de acordo com a liberdade de trabalho da UE os jogadores podem livremente chegar a uma equipe de todo o continente, sem restrições.

Esta situação diminui o poder de contratar jogadores dos clubes da Série B e vai a comportar um declínio do nível técnico do campeonato e também dos clubes que serão promovidos na Série A porque terão que enfrentar problemas devidos a menor qualidade dos jogadores à disposição.

5. CONCLUSÃO

O principal objetivo deste trabalho foi avaliar e entender como um campeonato de esporte pode ser competitivo e interessante para os fãs.

Ao analisar ligas esportivas foi explicado que há muita diferença entre as ligas desportivas de EUA e as ligas europeias, devido, em particular, a divergência na estrutura dos modelos esportivos e os diferentes sistemas legislativos.

Nos EUA as ligas desportivas, graças à isenção não estatutária, são consideradas um mercado fechado não incidental para o mercado nacional e não constituem uma violação do direito da concorrência, pela natureza horizontal da restrição, que permite também às ligas adotar remédios, como *revenue sharing* e *salary cap*, destinados a melhorar o equilíbrio competitivo.

Na Europa, o aspecto comercial de esportes está sob a lupa da regra de concorrência da UE estabelecidas no Tratado.

Além disso, o Tribunal de Justiça Europeu declarou que todas as regras desportivas devem passar o teste de necessidade e proporcionalidade representado pelo direito europeu da concorrência. Assim, é muito duro melhorar a competição dentro de uma liga esportiva, sem violar o sistema da UE, porque todos os organismos europeus de governo do futebol operam de uma forma vertical.

O *Financial Fair Play* não é uma tentativa da UEFA de melhorar o equilíbrio competitivo e, pelo contrário, arrisca consolidar o poder dos grandes clubes. A primeira tentativa de importar um instrumento da liga americana, como o *salary cap* no desporto europeu foi feito pela Série B. Como descrevemos acima, o seu espírito é direcionado para a melhoria do equilíbrio competitivo, mas, como é um remédio típico de EUA, formado no sistema diferente, é difícil imaginar mais melhoria do que apenas a contenção de custos. Podemos afirmar que, em função da estrutura dos esportes europeus e da composição das ligas, instrumentos como a regra *break-even* e o *salary cap* não vão a melhorar a competição dentro das ligas: podem ajudar os proprietários a restringir os custos, mas a melhor maneira de tentar equilibrar uma liga esportiva será estabelecer um sistema mais igualitário de repartição das entradas. A fim de redistribuir o dinheiro, para reduzir o poder de grandes equipes e aumentar a incerteza dos resultados, que é a atração mais importante para os fãs, o primeiro passo necessário é dar ao esporte a especificidade que merece dentro do quadro jurídico da UE respeitando as suas características peculiares.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADDESSA Francesco. Il competitive balance nel campionato italiano di basket. *Rivista di diritto ed economia dello sport*. vol. 5. fasc. 2. 2009.
- BUZZACCHI Luigi. SZYMANSKI Stefan. VALLETTI Tommaso. Equality of Opportunity and Equality of Outcome: Open Leagues, Closed Leagues and Competitive Balance. *J. of Ind., Comp. and Tr.* vol. 3. n. 3. 2003, p. 167-186.
- FORT R., QUICK J., Cross-subsidization, incentives and outcomes in professional team sport leagues. *Journal of Economic Literature*. vol. 33. n. 3. September 1995.
- PEETERS Thomas. SZYMANSKI Stefan. Vertical restraints in soccer: Financial Fair Play and the English Premier League. *Research Paper 2012-028*. University of Antwerp, Department of Economy, December 2012.
- ROTTENBERG, Simon. The Baseball Players' Labor Market. *Journal of Political Economy*. vol. 64. n. 3. 1956. p. 242-258.
- SHAPIRO Jonhathan. Warming the Bench: The Nonstatutory Labor Exemption in the National Football League. *Fordham law review*. vol. 61. iss. n. 5, article 9, 1993.
- WERDEN Gregory. American Needle and the Application of the Sherman Act to Professional Sports Leagues. *Jeffrey S. Moorad Sports Law Journal*. vol. 18. iss. 2. art. 3, 2011.
- ZYLBERSTEIN Julien. La specificità dello sport nell'unione europea. *Rivista di diritto ed economia dello sport*. vol. 4. fasc. 1, 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- As novas regras da UEFA perante os direitos comunitário e estatal, de Rafael Teixeira Ramos – *RBDD* 12/78 (DTR\2011\2242);
- Licenciamento de clubes da UEFA e fair play financeiro, de Rafael Khaddour Santangelo – *RBDD* 23/399 (DTR\2013\3328); e
- The legal autonomy of sport organisations and the restrictions of european law, de Klaus Vieweg – *RBDD* 5/54 (DTR\2011\2399).

DIREITO DE IMAGEM

QUANDO UMA FIGURINHA VALE MAIS QUE UM GOL?

LUIS RENAN COLETTI

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Membro do Grupo de Direito Desportivo da UFPR. Estagiário no Setor Jurídico e de Registros e Contratos do Coritiba Foot Ball Club.

RAFAEL DE CARVALHO PRETEL

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Membro do Grupo de Direito Desportivo da UFPR. Estagiário na 1.ª Turma Recursal do TJPR,

RAÍSA CHUCHENE BONATTO

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Membro do Grupo de Direito Desportivo da UFPR. Membro do Grupo de Pesquisa e Estudos em Arbitragem da UFPR. Estagiária no setor jurídico e de Registros e Contratos do Coritiba Foot Ball Club.

ÁREA DO DIREITO: Desportivo

RESUMO: O objetivo do presente artigo é discutir o tema do Direito de Imagem no âmbito desportivo brasileiro, através de sua fundamentação constitucional e legal, bem como nas práticas cominadas pelos sujeitos protagonistas do esporte. Introduziu-se o presente artigo científico com as características gerais do Direito de Imagem no desporto, e, principalmente, cuidou-se em elencar problemas no modelo vigente nacional e demonstrar possíveis alternativas, auxiliado pela análise do mesmo instituto em outros países. O tema faz-se importante uma vez que é fundamental que sejam extintas as contratações que utilizam do Direito de Imagem como ferramenta para fraude. Optou-se por focar no Direito comparado e nas possíveis atitudes a serem tomadas pelos próprios clubes e agremiações no momento das negociações contratuais e em apontar os possíveis fiscalizadores de tais atividades ilícitas para que estas se findem. Concluiu-se, por fim, que não é necessária uma revolução legal para que se atinja o objetivo do respeito à legalidade, já que foi demonstrado que a limitação legal pode gerar prejuízos em outras esferas das muitas as quais são afetadas pelo desporto, mas sim uma mudança nas

ABSTRACT: The objective of the present article is to discuss Image Rights under the light of the Brazilian sports law, by pointing its constitutional and legal groundings, as well as the actions of sports' leading figures. The present scientific article initiates by enumerating the general aspects of Image Rights in sports law and also the issues presented by the current and common practice in order to demonstrate possible alternatives to those problems by analyzing the same legal institute under the light of different legal systems. The theme is of high importance once it is fundamental that the negotiations which use Image Rights as a tool for forging frauds upon the law. It was opted for focusing on Comparative Law and on possible attitudes to be taken by the Football clubs and teams themselves at the time of the contractual negotiations and by pointing the possible responsible for the supervision of such illicit activities in order for them to end. Finally, it was concluded that it is not necessary a legal revolution in order to achieve respect for the law when, since it was demonstrated that major legal limitation could create damages to other different areas of the many

atitudes dos próprios clubes e atletas, devendo a Confederação Brasileira de Futebol assumir papel chave na fiscalização das condutas daqueles.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de imagem – Direito desportivo – Fraude – Direito comparado – Confederação Brasileira de Futebol – Fiscalização.

affected by sports, but a change in the attitudes of the Football clubs, one that should be, mainly, supervised by the Brazilian Football Confederation.

KEYWORDS: Image rights – Sports law – Fraud – Comparative law – Brazilian Football Confederation – Supervision.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Do direito de imagem no Brasil – 3. Do direito de arena no Brasil – 4. Do direito de imagem como ferramenta do marketing desportivo – 5. Efeitos penais da fraude no termo de cessão de imagem do atleta – 6. Comparação do direito de imagem brasileiro com o regime vigente em outros países – 7. Da comparação com as normas vigentes nas ligas particulares dos Estados Unidos – 8. O dever jurídico da Confederação Brasileira de Futebol como gestora do futebol – 9. Autonomia das partes e a função social do contrato – 10. Sugestões e alternativas – 11. Conclusão – 12. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Você não assiste aos jogos do seu time do coração para ver em ação as estrelas dos melhores comerciais de televisão. Não compra a camisa do seu jogador preferido porque ele faz parte de uma grande campanha publicitária. Não pede pela substituição do craque do seu time porque seu reserva tem melhores contratos de *marketing*. Nem vê crianças no estádio torcendo pelos astros de seu jogo de vídeo game, de seu álbum de figurinhas, somente pelo fato de serem assim representados. Em última análise, não espera que estes jogadores tenham a maioria de seu pagamento justificado por esta finalidade. Ninguém o faz. Mas eles têm.

Esta é a realidade de grande parte dos contratos de cessão de uso de imagem no desporto brasileiro. Em específico, no futebol.

A legalidade não se vê afetada pela cessão de imagem em si, é verdade. O problema se mostra evidente, porém, quando, para nossos cartolas e jogadores, se torna prática reiterada a assinatura de contratos nos quais conste um valor para cessão de imagem do atleta o qual seja drasticamente superior ao do seu efetivo salário. Contratos, estes, referentes a qualquer jogador, mesmo os que não possuem qualquer apelo público ou significância midiática. É comum que utilizem “interposta pessoa” para receber esses valores, contrariando totalmente o item I do Enunciado 331 do TST, configurando um “salário extra-folha”.¹

No entanto, raro é ouvir-se dizer de qualquer contraprestação referente a esta cessão de imagem mensalmente remunerada. Leia-se, dificilmente se testemunha o

1. MELO FILHO, Álvaro. *Direito desportivo: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 134.

uso real da imagem destes atletas. Não um que vá além da imagem captada durante o espetáculo desportivo, a qual é configurada como Direito de Arena.

Pergunta-se, então, se, diferentemente do que se vê assinado nos contratos entre clubes e jogadores do futebol profissional, uma figurinha – realmente – vale mais que um gol?

Por óbvio que, na gritante maioria dos casos, não. Porém, no valor da figurinha não incide 13.º salário, férias remuneradas, ou fundo de garantia por tempo de serviço. Muito menos são descontados 27,5% do valor para fins de imposto de renda.

A explicação tão incabível quanto incoerente repetida pelos proponentes e aceitantes de tais acordos é a de que este pagamento desmedidamente superior ao do salário é feito com intuito de impedir outros clubes de vincular a imagem de seus atletas. “Fraude”, no entanto, é a definição mais precisa para este tipo de prática.

No presente cenário, então, este artigo pretende expor como é regulado o direito de imagem no Brasil. Serão apontadas também as possíveis distorções deste Direito, as quais fazem deste instituto legal uma ferramenta para atividades fraudulentas. Além disso, tem-se como objetivo comparar tal direito com as distintas matérias do ordenamento brasileiro no que tange à sua limitação, e com o direito vigente em outros países, concluindo a análise através da sugestão de possíveis soluções para que se findem estes tipos de “drible” da legalidade na esfera jurídico-desportiva e apontar os possíveis órgãos fiscalizadores da conduta dos clubes brasileiros.

2. DO DIREITO DE IMAGEM NO BRASIL

Da classificação do Direito de Imagem, tem-se que é um Direito da Personalidade. Este é um conceito clássico e fundamental em nosso ordenamento e visa à proteção da pessoa no que lhe é próprio e na sua projeção perante o mundo exterior, como bem ensina Maria Affornali.² Em síntese, é o direito da pessoa em ver sua imagem – independentemente do meio de veiculação – projetada fielmente com sua autorização. Através dele é que os clubes podem, de maneira legal, vincular sua imagem à dos atletas fora do campo.

É claro que o nome, a honra e a imagem são, de fato, direitos intransferíveis e indisponíveis.³ Porém, a imagem, em específico, possui a peculiaridade de ter em si um caráter patrimonial. É este caráter que permite com que se adentre na presente discussão. Como bem explica Maurício Correia da Veiga, existe a possibilidade do

2. AFFORNALLI, Maria. *Direito à própria imagem*. 1. ed., 5. reimp. Curitiba: Juruá, 2008.

3. LÓBO, Paulo. *Direito civil – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012. – *Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012

titular do direito da imagem conceder, autorizar, permitir – por meio de contrato – a utilização do uso desta mesma imagem com viés comercial.⁴

Por mais que estejamos diante de uma possível incongruência constitucional, uma vez que os Direitos da Personalidade são Direitos Fundamentais, não devemos confundir esta cessão com a transmissão do direito, justamente por terem esta característica fundamental,⁵ sendo, desta forma, indisponíveis e intransferíveis. Observa-se, por conseguinte, que a faculdade de o sujeito ter total e incondicional domínio sobre a reprodução de sua própria imagem deve ser relativizada, principalmente em face do interesse social que determinados fatos carregam consigo.

É através desta propriedade que se remunera legalmente a imagem no futebol. É através dela, também, que se torna possível camuflar uma “confusão” de caráter salarial.

Não é de se estranhar que as provisões legais que versam sobre a exploração econômica da Imagem de um atleta são inúmeras. Há uma gama de planos normativos os quais versam sobre o assunto, dentro dos quais vale destacar o art. 5.º da CF e o art. 87-A da Lei 12.395/2011, os quais se leem:

“Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas”.

“Art. 87-A. O direito ao uso da imagem do atleta pode ser por ele cedido ou explorado, mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo”.

Bem atenta o autor Luiz Alberto David Araújo⁶ que o inc. XXVIII do art. 5.º da CF, depende de outros diplomas normativos, regulamentando e esclarecendo

4. VEIGA, Maurício Correia da. Contrato de trabalho de atleta. Disponível em: [www.conteudojuridico.com.br/aula-em-video, trabalho-desportivo-mauricio-correia-da-veiga-aula-1-contrato-de-trabalho-do-atleta-progama-saber-direito,38059.html]. Acesso em: abr. 2014.

5. GRISARD, Luiz Antônio. Considerações sobre a relação entre o contrato de trabalho do atleta profissional e contrato de licença de uso de imagem. p. 4. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30134-30596-1-PB.pdf+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br]. Acesso em: mar. 2014.

6. ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

a forma com a qual tal direito venha a ser externalizado. Vale ressaltar, ainda, que tal especificação jamais poderá anulá-lo, devendo conservar ao máximo seu conteúdo.

Estas provisões têm como foco os atletas profissionais contemporâneos, os quais são ícones culturais. Verdadeiros “deuses midiáticos”. Por consequência, tornam-se, também, máquinas de produção de receita pelo meio publicitário e, infeliz e corriqueiramente, ferramentas para o disfarce de fraudes fiscais, as quais têm, como será adiante demonstrado, clubes e atletas como coautores.

Ademais, admite-se que nenhum direito fundamental tem caráter absoluto, consonante com os ensinamentos de Paulo Gonet Branco e Gilmar Mendes.⁷ Em determinadas situações, a incidência de outros direitos fundamentais ou mesmo de princípios, valores e exceções com respaldo constitucional podem relativizar a observância do direito de imagem; em especial quando dizem respeito à esfera público-social.

A natureza civil e decorrência contratual do direito de imagem cedido permitem um usufruto individual, apenas, de suas propriedades. Além disso, sua independência do contrato de trabalho torna possível com que sua periodicidade não coincida com este, tornando clara a inexistência de um vínculo trabalhista no seu rol de características. É extraído dele não a força de trabalho, portanto, mas a utilização de sua imagem. Por consequência desta independência do contrato especial de trabalho desportivo, não incidem nele, como já antes explicitado, diversas obrigações tributárias, em total oposição com os valores pagos a título de salário.

Resta claro, desde pronto, a lacuna existente neste instituto legal, a qual facilita, e muito, a realização de pactos *in fraudem legis* através da utilização deste instituto tão relevante na matéria do direito desportivo.

3. DO DIREITO DE ARENA NO BRASIL

Faz-se necessário que, por fins comparativos, adentre-se também na discussão sobre a utilização da Imagem do atleta enquanto este na prática de sua função, dentro de campo: o Direito de Arena. Ele é uma extensão de Direito da Imagem,⁸ vinculado à transmissão da imagem do atleta durante uma partida, durante seu momento na “arena”.⁹ Este direito difere do direito de imagem em vários aspectos.

Primeiramente, sua natureza é legal, ou seja, decorrente da lei:

7. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 142 e 143.

8. FONSECA, Christiany; RODRIGUES, Francisco. *Análise sobre o direito de imagem do jogador de futebol*. dez. 2011, p. 145.

9. VEIGA, Maurício Correia da. *Op. cit.*

“Art. 42. Pertence às entidades de prática desportiva o direito de arena, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo de que participem (Redação dada pela Lei 12.395, de 2011).

§ 1.º Salvo convenção coletiva de trabalho em contrário, 5% (cinco por cento) da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais serão repassados aos sindicatos de atletas profissionais, e estes distribuirão, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo, como parcela de natureza civil (Redação dada pela Lei 12.395, de 2011).

§ 2.º O disposto neste artigo não se aplica à exibição de flagrantes de espetáculo ou evento desportivo para fins exclusivamente jornalísticos, desportivos ou educativos, respeitadas as seguintes condições: (...) (Redação dada pela Lei 12.395, de 2011)”.

O Direito de Arena é uma espécie de participação de titularidade da entidade de prática desportiva¹⁰ na qual os integrantes do espetáculo têm direito a receber sobre o total arrecadado com o evento, tratando de transmissão de imagens.

A lei é cristalina quando dispõe da competência do clube em negociar as famosas cotas de televisão e do repasse do dividendo aos atletas, o qual é feito pelos sindicatos da classe, como esclarece o artigo supracitado. Ainda que exista minoria destoante¹¹, mesmo que este valor seja pago por terceiros, como ensina Álvaro Melo Filho, o entendimento da maior parte da doutrina e da jurisprudência é o de que o Direito de Arena tem um caráter salarial ou natureza remuneratória, equiparado à gorjeta.¹²

Ademais, o Direito de Arena é usufruído coletivamente. Ele não diz respeito à imagem de uma pessoa em específico, mas de todo o grupo em desempenho de sua atividade. Contudo, é de se indagar, neste contexto, a razão pela qual se justifica a não partilha de tal compensação financeira com os treinadores das equipes de futebol, mesmo tendo ele participado ativamente do espetáculo, bem como tendo sua imagem exaustivamente exposta (especialmente em períodos de pressão por resultados, mais até mesmo que os jogadores).

Assim, perfaz-se óbvio que, considerando o exposto, não há que se justificar o investimento na cessão da imagem de um atleta pela transmissão da sua imagem

10. MELO FILHO, Álvaro. *Direito desportivo...* cit., p. 134.

11. PESSOA, Andre. O contrato de cessão de imagem do atleta profissional. Disponível em: [www.ibdd.com.br/index.php/colunas/o-contrato-de-cessao-do-direito-de-imagem-do-atleta-profissional-de-futebol/]. Acesso em: fev. 2014.

12. MELO FILHO, Álvaro. *Direito desportivo...* cit., p. 133.

durante o espetáculo ou partida de futebol. O caráter salarial¹³ e coletivo do Direito de Arena, por si, são suficientes para a distinção de ambos os institutos, impossibilitando tal motivação.

4. DO DIREITO DE IMAGEM COMO FERRAMENTA DO MARKETING DESPORTIVO

Se, por um lado, a completa absolutização e isolamento do direito de imagem em relação às outras matérias as quais o rodeiam constitui um erro, seu total engessamento perante elas também deve ser visualizado criticamente.

Conforme será verificado no decorrer do presente artigo, existem países onde o contrato de cessão de direito de imagem encontra-se limitado a um percentual do contrato especial de trabalho desportivo. Um exemplo, adiantando a discussão, é a Espanha, onde existe a limitação percentual do contrato de cessão de imagem em no máximo 15% do valor do contrato de trabalho a quantia passível de ser objeto do contrato de cessão da imagem.¹⁴

Tal congelamento percentual do direito de imagem, que inicialmente pode parecer uma razoável opção para dar cabo ao desorganizado modelo brasileiro, caso observadas por outro ângulo representa uma limitação desarrazoada.

Existem atletas que tem em sua imagem um valor econômico definitivamente maior que na sua própria contribuição em campo. Um exemplo recente foi a curta passagem do jogador de futebol Adriano pelo Clube Atlético Paranaense. É inegável que o retorno midiático que proporcionou ao time paranaense teve maior proveito ao clube que seu único gol marcado.

Por conseguinte, a dura restrição do contrato de cessão de uso de imagem pode ter como consequência a limitação injustificada do *marketing* esportivo, área esta que ainda se encontra em um processo de profissionalização no Brasil. Conforme expõe Soares,¹⁵ apesar da relevância que o campo tem para o sucesso econômico dos clubes, o marketing no esporte tem sido pouco utilizado dentro de suas potencialidades e se comparado com as grandes equipes (clubes-empresas) europeias. A limitação do uso da imagem dos próprios atletas só iria recrudescer tal atraso.

13. Idem, *ibidem*.

14. Idem, p. 135.

15. SOARES, Mario Luiz. A miopia do marketing esportivo dos clubes de futebol no brasil: proposta de um modelo de gestão de marketing esportivo para os clubes brasileiros. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-22082007-125144/pt-br.php]. Acesso em: abr. 2014.

5. EFEITOS PENAIS DA FRAUDE NO TERMO DE CESSÃO DE IMAGEM DO ATLETA

Não só na esfera cível se podem evidenciar as consequências da fraude reiterada nos contratos do desporto brasileiro.

Em março de 2014, o então presidente do Bayern München Uli Hoeness foi condenado a três anos e meio de prisão por ter deixado de pagar impostos sobre lucros obtidos no mercado financeiro, mantendo o dinheiro em uma conta na Suíça. No futebol romeno, também no início de 2014, sete dirigentes foram condenados à prisão por evasão fiscal e lavagem de dinheiro. Outro caso, que recentemente estampou as manchetes brasileiras e internacionais, diz respeito à negociação entre Neymar e Barcelona, que culminou no pedido de demissão do então presidente da agremiação esportiva, Sandro Russel. A denúncia apresentada em fevereiro pela Justiça Espanhola acusa o Barcelona de ter deixado de pagar cerca de EUR 9.000.000,00 (nove milhões de euros) em impostos, na transferência internacional do atleta brasileiro.

Não é novidade ao redor do mundo, portanto, a punição inclusive na esfera penal de sujeitos envolvidos com o futebol.

No Brasil, todavia, dificilmente se vislumbra um caso em que o futebol gera efeitos penais. Se o contrato de cessão de imagem, conforme se tratou de explicar até aqui, pode constituir fraude fiscal, não se deveria investigar a responsabilidade penal das partes envolvidas no negócio fraudulento, a saber, o clube e o jogador?

Inicialmente, vale explicar o que é de fato a fraude fiscal. De acordo com o art. 1.º da Lei Federal 8.137/1990, *in verbis*:

“Art. 1.º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”.

O Estatuto do Torcedor, por sua vez, prevê em seu art. 41-E:

“Art. 41-E. Fraudar, por qualquer meio, ou contribuir para que se fraude, de qualquer forma, o resultado de competição esportiva:

Pena – reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa”.

Desta forma, o ato de simular dolosamente a realização de contrato de cessão de direitos de imagem, com o intuito deliberado de burlar o pagamento de determinados tributos, constitui ilícito penal. Por sua vez, é passível de punição em esfera penal, desde que seguido seu devido processo legal.

Leonardo Schmitt de Bem, em recente publicação,¹⁶ discute a existência de bem jurídicos merecedores de tutela jurídico-penal no âmbito desportivo. De acordo com o célebre autor, a obtenção de vantagem concorrencial, que ocorre em face de inúmeras vítimas (outras equipes, patrocinadores dos clubes adversários, torcedores, atletas (...)), direta e indiretamente relacionadas com a competição esportiva, deve ser repensada:

“Assim, não há dúvida que a corrupção do árbitro acarretou perdas patrimoniais, porém não no sentido dos tradicionais delitos contra o patrimônio, mas como delito contra a ordem socioeconômica, em razão da concorrência injusta verificada no esporte. Isso equivale a dizer que a concorrência justa assume uma função de representação ou é instrumental, porque sua tutela está dirigida à realização dos interesses econômicos de inúmeras pessoas” (p. 369).

“Em conclusão, no âmbito da corrupção e das fraudes nos esportes é evidente a existência de um bem jurídico idôneo e que deve ser protegido” (p. 372).

O movimento contemporâneo no Direito de Imagem, por sua vez, vem sendo constituído através da punição dos clubes que formulam contratos de cessão de imagem com o intuito de fraudar o fisco, contudo se esquece do outro polo da negociação, que por muitas vezes tem conhecimento e compactua com o ilícito: o jogador e seus representantes, agentes, advogados. Não se trata, portanto, de um ato unilateral, mas de um acordo no qual, via de regra, ambas as partes têm o conhecimento do negócio jurídico o qual estava sendo firmado.

Evidência da ciência por parte do jogador de que estaria fraudando salários extra-folha através do contrato de uso de imagem é que, quando o clube se vê inadimplente perante o atleta, este último entra com sua demanda judicial diretamente na Justiça especializada do Trabalho, tornando clara sua intenção desde o início da contratação.

Sendo assim, é perfeitamente razoável supor que tanto o clube quanto o “jogador” podem ter o dolo de realizar uma fraude fiscal.

Verifica-se, destarte, que muito importa à esfera penal nesse caso o elemento cognitivo do dolo, ou seja, se os agentes sabiam que o negócio que estava realizado constitui fraude. Vale ressaltar que tal crime contra a ordem tributária não prevê

16. SCHMITT DE BEM, Leonardo. A corrupção e as fraudes no cenário esportivo brasileiro. *Direito desportivo e conexões com o direito penal*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 369 e 372.

sua versão culposa, sendo necessária a demonstração do conhecimento e da intenção de praticar o ilícito.

A própria conduta das partes na negociação da operação econômica permite transparecer se há o dolo ou não. Todavia, tal entendimento pode ser reforçado pelos seguintes fatos: é razoável que o dirigente de um Clube, que diariamente convive com ações trabalhistas contra sua agremiação, argumente não saber que o pagamento a título de Direito de Imagem na verdade era trabalhista. Da mesma forma, um jogador que solicita a conversão de verbas decorrentes da imagem para salariais não pode alegar no próximo clube que jogar exatamente tal desconhecimento.

6. COMPARAÇÃO DO DIREITO DE IMAGEM BRASILEIRO COM O REGIME VIGENTE EM OUTROS PAÍSES

Após analisar a gravidade das consequências cíveis e criminais das situações já destacadas, portanto, na busca por possíveis soluções, exportações legais ou modificações no que tange o direito de imagem brasileiro, é útil que sejam apreciadas as normas e soluções estrangeiras para os ilícitos causados das distorções deste instituto, a título de comparação.

Na França, i.e., diferentemente do Brasil, o Direito à Imagem não é garantia constitucional. Ele está previsto no *Code Civil*, no *Code Pénal*, na lei de 29.07.1881 sobre a Liberdade de Imprensa ou Liberdade de Expressão Artística, entre outros. Está previsto no art. 9.º do *Code Civil*:

“L'article 9: Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée: ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées sans référé”.¹⁷

Leia-se: “Toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada. Os juízes podem, sem prejudicar a reparação do dano sofrido, ordenar medidas, tais como sequestro, arresto e outras ações mais para prevenir e impedir uma invasão de privacidade: estas medidas podem, caso haja emergência na reparação, serem expedidas de ofício” (trad. livre).

É previsto, então, que uma imagem a qual seja levada ao público e prejudique o indivíduo ou sua privacidade, pode gerar responsabilidade civil, e até, como preveem os arts. 226-1, 226-2 e 226-8 do *Code Pénal*, a seguir, criminal, nos casos em

17. Disponível em: [www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=D1625A019E0CA5C6628639185E29AD58.tpdjo02v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006117610&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20140421]. Acesso em: fev. 2014.

que não há consentimento na distribuição desta imagem, caso haja dano à honra ou distribuição de imagem inverídica ou adulterada:

“L'article 226-1: d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amen dele fait, au moyen d'un procede quelq'un que, volontairement de Porter atteinte à l'intimité de La vie privée d'autrui (...): 2.º Em fixant, enregistrant ou transmettant, sans Le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans um lieu privé”.

“L'article 226-2: est puni dès mêmes peines le fait de conserver, porter ou laisser porter à La connaissance Du public ou d'untiers ou d'utiliser de quelque manière que cesoit tout enregistrement ou document obtenu à l'aide de l'um des actes prévus par l'article 226-1. (...)”.

“L'article 226-8: est puni d'um an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amen dele fait de publier, par quelque voie que cesoit, Le montage réalisé avec les paroles ou l'image d'une personne sans son consentement, s'il n'apparaît pas à l'évidence qu'ils'agit d'um montage ou s'il n'en est pas expressément fait mention. (...)”¹⁸

Diante de tais provisões, num país onde o futebol é quase tão aclamado quanto no Brasil, tornou-se imprescindível que fosse criado um dispositivo para a cessão desta imagem o qual associaria o atleta ao clube fora dos gramados. Isto deveria acontecer, e acontece, de modo que não sejam prejudicados ambos os clubes e a grande maioria dos atletas.

Criou-se, assim, em 2004, com vista no aspecto duplo do direito de imagem, patrimonial e extrapatrimonial, o que se chama *Droit à l'image collective* (DIC). O DIC consistia na permissão, sob determinadas condições, de ceder sua imagem a um clube e garantir a isenção de 30% dos valores equivalentes a contribuições para com a segurança social advindos do salário pago pelo clube ao atleta profissional. Atualmente, o valor desta elisão fiscal é calculado em 40%.¹⁹

Na Espanha, por sua vez, é constitucional a regulamentação do direito de imagem e, como no Brasil, este é considerado um *Derecho Fundamental*. Estes estão previsto no art. 10 da *Constitución Española*, que segue juntamente com o art. 18.1 do mesmo texto legal, explicitando o direito de imagem como garantia constitucional:

“Artículo 10: La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de La personalidad, El respeto a La ley y a los derechos de los demás son fundamento Del orden político y de la paz social.”

18. Disponível em: [www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=C8B8E18BAC09E9010C5EAA591137A099.tpdjo02v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006165309&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20140421]. Acesso em: fev. 2014.

19. MELO FILHO, Álvaro. Direito desportivo... cit., p. 134.

“Artículo 18.1: Se garantiza El derecho al honor, a La intimidad personal y familiar y a La propia imagen.”²⁰

Como no direito francês e brasileiro, a perspectiva espanhola diz que o Direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem são Direitos da Personalidade, protegidos pela *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de maio, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen*. Este texto legal protege a imagem contra:

“Intromisión ilegítima La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de La imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo que se trate de un cargo público y La imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, cuando se trate de una caricatura Del mismo, de acuerdo con el uso social, o La imagen captada sea accesoria a una información gráfica sobre un acontecimiento público.”²¹

Além disso, também incorre em responsabilidade penal, de acordo com os arts. 197, 198 e 201 do *Código Penal Español*, os que praticam delitos com a intimidade e a imagem ou inviolabilidade do domicílio. Novamente, com intuito de possibilitar a exploração comercial deste direito de imagem sem que houvesse possibilidade de fraude fiscal, o legislador espanhol optou por limitar em 15%, apenas, do efetivo rendimento salarial do atleta o valor do contrato de cessão de uso de imagem.²²

É clara a injustiça, neste caso, com os atletas os quais realmente possuem uma imagem cujo valor representa cifras astronômicas.

Pense que, no futebol espanhol, jogadores como Lionel Messi e Iniesta têm seu contrato de cessão de imagem limitado nesta proporção, mas que, nitidamente, a vasta maioria dos jogadores espanhóis não possui o mesmo apelo ao público. A imagem desta grande maioria não tem valor apelativo a tal ponto, o que, para o Poder Legislativo Espanhol, fez com que fossem preteridos os direitos dos jogadores de alto custo publicitário em nome da garantia da inexistência de fraudes praticadas através dos atletas cuja cessão da imagem não deve extrapolar o salário efetivo.

20. Disponível em: [www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/EBB3AFF7-C7EF-4009-A15E-E7D75FB3C8F5/232644/Constitucion_es1.pdf+]&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-a]. Acesso em: mar. 2014.

21. ENRICH, Enric. Derechos de imagen. Disponível em: [www.copyright.com/archivo/17.doc+]&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-a]. Acesso em: fev. 2014.

22. MELO FILHO, Álvaro. *Direito desportivo...* cit., p. 134.

7. DA COMPARAÇÃO COM AS NORMAS VIGENTES NAS LIGAS PARTICULARES DOS ESTADOS UNIDOS

Não é de hoje que contratos trabalhistas de atletas ao redor do globo sofrem algumas limitações de valores no que tange aos seus vencimentos, como por exemplo, o famigerado sistema do *salary cap* – teto salarial em português –, notoriamente utilizado nas ligas esportivas americanas de basquete (NBA) e futebol americano (NFL), e que vem ganhando adeptos nas mais diversas ligas esportivas, como a Aviva Premiership e a National Rugby League, campeonatos nacionais de *rugby* de Inglaterra e Austrália, respectivamente.

Sinteticamente, referido sistema – implantando primeiramente na temporada de 1984-1985 da NBA²³ – é um acordo entre a entidade organizadora da competição, clubes e o sindicato de jogadores, versando sobre um limite máximo que os segundos podem dispor de verba salarial para os terceiros em uma temporada.²⁴ Na temporada da National Football League que se aproxima, por exemplo, as agremiações estão autorizadas a alcançar até US\$ 133 milhões com suas folhas de pagamento – aumento de 8,1% em relação ao ano passado, fruto do último acordo coletivo entre sindicato, organizadores e empregadores.²⁵

Os benefícios trazidos por tal sistema são claros e de extrema importância para a manutenção do sucesso financeiro, esportivo e social das competições.

Do lado das entidades esportivas e atletas, a prévia determinação da quantidade de dinheiro disponível para gastos salariais – aliado a um forte sindicato dos profissionais – evita situações de exploração do trabalhador, com ofertas muito baixas, e preserva a saúde financeira do empregador, que se vê livre de contratos de valores muito elevados, na medida em que o atleta está ciente que nenhum time pode oferecer quantidades exorbitantes de dinheiro, distante da média.

Para as ligas organizadoras, o *salary cap* funciona como um mecanismo de equiparação financeira dos clubes e, conseqüentemente, equiparação esportiva, vide a alternância de vencedores da liga de futebol americano nos últimos seis anos: seis equipes diferentes conquistaram o título.²⁶ Por conseguinte, com disputas mais in-

23. STAUDOHR, Paul. Salary caps in professional team sports. Disponível em: [www.bls.gov/opub/mlr/cwc/salary-caps-in-professional-team-sports.pdf]. Acesso em: fev. 2014.

24. BROOKE, Tyler. How does the salary cap work in the NFL? Disponível em: [<http://bleacherreport.com/articles/1665623-how-does-the-salary-cap-work-in-the-nfl>]. Acesso em: mar. 2014.

25. BREER, Albert. Salary cap rise to \$133 million shows how new CBA is working. Disponível em: [www.nfl.com/news/story/0ap2000000331237/article/salary-cap-rise-to-133-million-shows-how-new-cba-is-working]. Acesso em: mar. 2014.

26. Disponível em: [<http://nfl.com>]. Acesso em: fev. 2014.

tensas e imprevisíveis, o produto oferecido pela liga se torna mais atrativo: o Super Bowl XLVII – o jogo final da temporada da NFL –, realizado em New Orleans no ano de 2013, registrou a maior audiência da história da televisão estadunidense.²⁷

A ferramenta brevemente exposta nas linhas anteriores serve de espelho para resolvermos situações inseridas no contexto aqui previamente trabalhado, no que diz respeito às restrições elaboradas em conjunto por organizadores e participantes de competições esportivas que recaem sobre os contratos firmados entre estes, visando – no caso específico do direito de imagem – o cumprimento das regras do ordenamento jurídico pátrio como um todo, reprimindo qualquer tipo de tentativa de fraude, não somente na esfera esportiva, mas também em termos trabalhistas e econômicos.

8. O DEVER JURÍDICO DA CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE FUTEBOL COMO GESTORA DO FUTEBOL

O título deste item, em conjunto com o transcrito nas linhas anteriores, é mais do que suficiente para o leitor compreender o objetivo desta parte específica do texto: a proposta de um mecanismo que iniba a fraude nos contratos trabalhistas e de direito de imagem de atletas, questão extensivamente discutida aqui. Diferentemente, entretanto, de outras propostas expostas ao longo do trabalho, esta em particular tenta buscar elementos novos, pelo menos aos olhos dos aficionados por futebol.

A breve exposição do sistema do *salary cap* teve como intuito introduzir a possibilidade das entidades organizadoras de competições regularem certos aspectos no que tange ao próprio contrato de trabalho entre atleta e clube, evidenciando os claros benefícios que uma intervenção planejada pode trazer. Neste momento, a Confederação Brasileira de Futebol (CBF) entra em cena.

Organizadora das quatro principais competições nacionais de futebol – Campeonatos Brasileiros das Séries A, B, C e Copa do Brasil²⁸ – o seu próprio estatuto a conceitua como “associação civil de direito privado, sem fins lucrativos, de caráter desportivo, com personalidade jurídica e patrimônio próprio, com sede e foro no Rio de Janeiro”.²⁹ Ainda vale salientar que:

“No mesmo artigo, o texto social determina que se regerá pelos artigos 20 e 23 do Código Civil Brasileiro [Capítulo II, Seção III – Das Associações ou Associações

27. BAKER, Liana. Super Bowl atraiu maior audiência na história. Disponível em: [<http://br.reuters.com/article/topNews/idBRSPE91304P20130204>]. Acesso em: abril 2014.

28. Disponível em: [www.cbf.com.br/Competições]. Acesso em: abr. 2014.

29. Estatuto da CBF. Disponível em: [<http://blogdopaulinho.files.wordpress.com/2012/01/estatuto-da-cbf.pdf>]. Acesso em: mar. 2014.

Civis] (...) e pelas disposições legais que lhe forem aplicáveis emanadas pela Federation Internationale de Football Association – FIFA, sendo vedada qualquer ingerência estatal em seu funcionamento”.³⁰

Todavia, existem divergências doutrinárias em relação à matéria – ao exemplo de Yves Gandra Martins, que interpreta a CBF mais como uma autarquia do que como entidade associativa, um devaneio sofista para o Professor Piraci Júnior.³¹ Álvaro Melo Filho³² acredita que, pelo caráter desportivo da Confederação, a mesma não se enquadra na tipificação civil de associação prevista nos arts. 53 e seguintes do novo Código Civil. Por hora, entretanto, é essencial identificar a CBF como administradora máxima do futebol brasileiro, como explica Álvaro Melo Filho na própria tese sobre a natureza jurídica da Confederação “associação de direito privado de caráter desportivo, *dirigente do futebol brasileiro*”.³³

Definir a CBF como gestora do esporte mais popular do planeta em termos nacionais é uma constatação óbvia, mas de repercussão gigantesca para estabelecer seus deveres. Versa a Lei 9.615/1998 – mais conhecida como Lei Geral do Desporto –, em seu Capítulo II, sobre os princípios fundamentais do desporto brasileiro. Para dirimir qualquer dúvida, e não nos distanciarmos do escopo do texto, tratemos princípio como:

“mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.³⁴

Dentre este rol de enunciados, os elencados no parágrafo único do art. 2.º emergem como essenciais ao nosso debate:

“Parágrafo único. A exploração e a gestão do desporto profissional constituem exercício de atividade econômica sujeitando-se, especificamente, à observância dos princípios:

- I – da transparência financeira e administrativa;
- II – da moralidade na gestão desportiva;
- III – da responsabilidade social de seus dirigentes;

30. MELO FILHO, Álvaro. *O novo estatuto da CBF: análise jurídica*. 2005.

31. OLIVEIRA, Piraci. *Natureza jurídica do STJD*. Disponível em: [www.piraci.com.br/artigos/STJD-Natureza_Juridica.pdf]. Acesso em: fev. 2014.

32. *O novo estatuto da CBF...* cit.

33. Idem.

34. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 817-818.

IV – do tratamento diferenciado em relação ao desporto não profissional;

V – da participação na organização desportiva do País”.

Pois bem, o conteúdo deste parágrafo, exercendo sua função mandamental, deve nortear a atuação do dirigente esportivo brasileiro. As decisões que fomentam a atividade esportiva nacional em termos administrativos requerem consonância com a linha de pensamento de toda a sociedade, tendo em vista a profundidade da inserção do esporte – profissional e amador – na mesma, retratada nos altos investimentos realizados tanto por instituições públicas como privadas em entidades desportivas e equipamentos para prática das atividades, como, por exemplo, os gastos em estádios para a Copa do Mundo de 2014 e peculiar despejo de dinheiro feito pela Caixa Econômica Federal no futebol profissional, em forma de patrocínio de clubes participantes das Séries A e B do Campeonato Brasileiro de 2013.³⁵⁻³⁶ A escolha do legislador dos fundamentos basilares da gestão esportiva brasileira está versada no dispositivo acima, configurando uma obrigação dos comandantes do esporte em relação aos seus atos, bem como das entidades que se vinculam e se subordinam àqueles.

Por conseguinte, não é devaneio refletir sobre uma clara contradição entre a prática fraudulenta de clubes e jogadores profissionais de futebol para iludir o sistema tributário nacional e os preceitos que a Confederação Brasileira de Futebol deve seguir quando efetua qualquer ação e, por lógico, submete seus filiados aos mesmos. Não é crível que alguém em sã consciência acredite que um atleta profissional – e o clube que pactua com tal fato – que receba, à título de direito de imagem, quantia superior do que acordado no seu contrato de trabalho mesmo não participando de nenhuma ação comercial, esteja agindo com transparência financeira. No mesmo sentido, burlar o sistema tributário brasileiro e suas determinações certamente não corresponde à observância da moralidade na gestão desportiva. Ou seja, não se faz necessária grande pesquisa para concluir a clara desconformidade entre as práticas de clubes e atletas no caso em tela e legislação que regula o desporto no país. Até porque, tal conclusão não é o objetivo desse texto, mas sim a responsabilidade da CBF neste cenário.

O vínculo jurídico-administrativo entre agremiações de futebol e a CBF não guarda uma relação direta, como alguns possam imaginar. Nenhum clube é, em caráter permanente, filiado à CBF. Nota-se no espaço reservado para as definições no

35. MALTCHIK, Roberto. Orçamento da Copa de 214 sobe de 17 bilhões para 25 bilhões. Disponível em: [<http://oglobo.globo.com/esportes/orcamento-da-copa-de-2014-sobe-17-bilhao-para-25-bilhoes-4101315>]. Acesso em: mar. 2014.

36. PAIVA, Vinicius. Todos os patrocínios da Caixa. Disponível em: [<http://globoesporte.globo.com/platb/teoria-dos-jogos/2013/07/30/todos-os-patrocínios-da-caixa/>]. Acesso em: mar. 2014.

estatuto da entidade máxima do futebol nacional, que Clube é identificado como “entidade de prática desportiva filiada à Federação e, transitivamente, à CBF se disputante do Campeonato Brasileiro de Futebol da Primeira Divisão”.³⁷ Destarte, são as Federações – reguladoras³⁸ do futebol em âmbito estadual – as filiadas à CBF. De qualquer modo, não ficam isentos os clubes de cumprir as regras estabelecidas especificamente pela Confederação e tampouco a própria CBF de fiscalizar o estrito cumprimento das mesmas. A intervenção da CBF em atividades que violem seu ordenamento está claramente prevista:

“Art. 5.º A CBF tem por fins básicos:

(...)

III – *manter a ordem desportiva e velar pela disciplina da prática do futebol, nas entidades estaduais de administração e entidades de prática desportiva do futebol.*

(...)

XXV – *impedir que certos métodos ou práticas ponham em dúvida a integridade das partidas ou das competições, ou deem lugar a abusos no futebol em qualquer de suas formas.*”

Como não poderia ser diferente, o estatuto da Federação Internacional de Football Association, a Fifa, condiz com o exposto anteriormente:

“2 – The objectives of FIFA are:

(...)

e) to promote integrity, ethics and fair play with a view to preventing all methods or practices, such as corruption, doping or match manipulation, which might jeopardise the integrity of matches, competitions, Players, Officials and Members or give rise to abuse of Association Football.”

Citado documento reforça ainda mais o dever da Confederação de coibir práticas ilícitas que tem como plano de fundo o futebol, já que também é evidente a obrigatoriedade do cumprimento das regras da Fifa, registrada pelo estatuto da CBF:

“Art. 1.º A Confederação Brasileira de Futebol, designada pela sigla CBF, filiada à Fédération Internationale de Football Association, designada pela sigla FIFA, à Confederación Sudamericana de Fútbol – Conmebol e ao Comitê Olímpico Brasileiro, designado pela sigla COB, é uma associação de direito privado de caráter desportivo, dirigente do futebol brasileiro.

(...)

37. Estatuto da Confederação Brasileira de Futebol. Disponível em: [<http://blogdopaulinho.files.wordpress.com/2012/01/estatuto-da-cbf.pdf>]. Acesso em: mar. 2014.

38. Idem.

§ 2.º Todos os membros, órgãos e integrantes da CBF, assim como clubes, atletas, árbitros, treinadores, médicos e outros dirigentes pertencentes a clubes ou ligas das federações filiadas devem observar e fazer cumprir no Brasil os Estatutos, regulamentos, diretrizes, decisões e o Código de Ética da Fifa e da Conmebol.”

Fica evidente pelo discorrido aqui, o argumento legal existente para justificar intervenção da CBF na questão da fraude nos contratos de trabalho de atletas profissionais, pelo menos no que diz respeito ao seu papel como gestora do futebol no Brasil. Senão vejamos: a Lei Geral do Desporto é cristalina ao estabelecer princípios de atuação para os gestores desportivos da nação. Proporcionalmente à essa clareza, não resta qualquer dúvida que o que acontece na celebração de contrato entre jogadores e clubes profissionais de futebol no Brasil, extensivamente discutido em páginas anteriores, não está em conformidade com tais princípios. Assim, a Confederação Brasileira de Futebol, obriga-se, apoiando-se em seu estatuto, velar pelo cumprimento das suas normas e preceitos.

Resta-nos agora examinar a viabilidade de uma eventual intervenção da CBF ao olhar da autonomia concedida pelo ordenamento jurídico brasileiro às partes do contrato.

9. AUTONOMIA DAS PARTES E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Princípio mais do que consagrado na doutrina e jurisprudência brasileira, a autonomia privada está fortemente ligada à teoria dos contratos:

“Tradução jurídica da liberdade de iniciativa econômica. Ao sujeito é atribuída a possibilidade de criar situações de direito subjetivo, pessoais ou reais. A autonomia privada é vista como um poder, que lhe é reconhecido, de regulamentar os próprios interesses, dentro de determinados parâmetros. Tal autorregulamentação manifesta-se, precipuamente, no campo do direito contratual. O contrato é, por excelência, o instrumento da iniciativa privada”.

É mister ressaltar que, apesar das inúmeras referências ao contrato de trabalho aqui feitas, neste momento, trata-se exclusivamente do contrato de direito de imagem. Intensamente conectada ao contrato de trabalho especial de atleta, a solução buscada aqui toma forma, contudo, por meio da regulação do contrato de imagem, limitando-se à esfera cível e respeitando a seara de atuação peculiar e delicada da Justiça do Trabalho.

Sendo assim, a ideia de limitar o referido poder do sujeito em regular seus interesses por determinados motivos, no caso a fim de evitar descumprimento da lei e – acima de tudo – manter uma harmonia social, é antiga, sintetizada na expressão prevista na CF/1988, bem como no CC/2002, como “função social”. Miguel Reale já explica acerca da função social do contrato:

“(...) é que este [o contrato] não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou terceiros, uma vez que, nos termos do art. 187, ‘também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.’”³⁹

10. SUGESTÕES E ALTERNATIVAS

Incontestável é a legitimidade da criação e utilização de mecanismos que visam evitar os abusos e fraudes decorrentes de contratos de natureza cível. É muito tênue a linha que divide a preocupação com a efetividade e eficácia do contrato com a invasão da autonomia privada.

As relações econômicas na contemporaneidade são extremamente dinâmicas, fazendo com que um exame superficial da situação de fato possa proporcionar injustiças no caso da limitação da cessão deste direito. A ideia de que os vencimentos de um atleta profissional, por exemplo, devem ser obrigatoriamente superiores ao valor recebido com o contrato de cessão de imagem é perigosa e certamente impediria negócios legítimos e circundados de boa-fé de ambos os lados.

Atletas com grande apelo midiático em final de carreira, com dificuldades de produzir no exercício de sua função, por diversos fatores, resultados satisfatórios, mas que ainda assim atraem grande atenção publicitária, possuem uma imagem valiosa, ao ponto que a cessão já aqui discutida de sua imagem pode trazer maior retorno financeiro para o clube do que as próprias performances do jogador em campo. Sendo assim, qualquer ação a ser tomada deve levar em consideração a peculiaridade de cada caso, como por exemplo, o estabelecimento de um vínculo direto entre as ações publicitárias que se utilizam da imagem do jogador em foco e o valor do contrato de cessão de imagem, contemplando uma proporção razoável entre os dois acordos. Em outras palavras, o jogador somente poderia firmar contrato de cessão de imagem no valor “x”, se tal valor fosse proporcional ao número “y” ou o valor arrecadado “z” pelo clube com a exploração de sua imagem por meios que o primeiro contrato corrobore.

Outra possível saída é através da conduta dos clubes no momento da negociação contratual. A fixação dos acréscimos remuneratórios previstos pela Lei 9.615/1998, em seu art. 28, § 4.º, III, seria uma das chances das agremiações desportivas que agem em boa-fé escaparem das chagas que carregam por conta da atuação inidôneas de outros clubes, os quais não compartilham da probidade em seus atos. A lei prevê:

39. REALE, Miguel. Função social do contrato. Disponível em: [www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm]. Acesso em: fev. 2014.

“Art. 28. A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente:

(...)

§ 4.º Aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da Seguridade Social, ressalvadas as peculiaridades constantes desta Lei, especialmente as seguintes:

(...)

III – acréscimos remuneratórios em razão de períodos de concentração, viagens, pré-temporada e participação do atleta em partida, prova ou equivalente, conforme previsão contratual.”

Estes acréscimos são exceção ao montante salarial sobre os quais incidem as normas da legislação trabalhista e da Seguridade Social. Eles funcionam através da fixação de um salário-base, de quantia razoável, acompanhado pelas tais cláusulas de acréscimo. Estas cláusulas contêm valores a serem adicionados ao pagamento mensal do atleta, os quais dependeriam de “períodos de concentração, viagens, pré-temporada e participação do atleta em partida, prova ou equivalente” para gerar um montante de constância variada. O clube, ao implantar tal política contratual, não deixaria de adimplir suas obrigações perante o fisco, e, também, permitiria ao atleta uma oportunidade, a depender de seu próprio rendimento, de aumentar sua remuneração.

Independentemente do método construído – o qual necessita urgência, tendo em vista os inúmeros casos de fraude do tipo no futebol profissional brasileiro – o objetivo dessas linhas é determinar qual a função da Confederação Brasileira de Futebol no processo. Debatida anteriormente, a natureza jurídica da CBF apresenta divergências doutrinárias, discutidas em anterior momento. É cediço, porém, a ingerência estatal sobre a CBF, como presente em seu próprio estatuto:

“(...) o próprio texto social da entidade a qualifica como uma sociedade civil não exercendo qualquer função delegada. E, mais adiante, o próprio estatuto veda, conforme anteriormente exposto, qualquer ingerência estatal (antinomia de autarquia em seu funcionamento, o que, per se, descaracterizaria a possibilidade de entendê-la como uma entidade do Estado, ou algo próximo a isto.”⁴⁰

Por conseguinte, não cabe à Confederação por iniciativa própria, estabelecer regras que atingem tão profundamente questões de liberdades civis e de difícil com-

40. ARANTES, Andrea Benedetto. A soberania nacional frente aos comandos da Fifa no país sede da Copa do Mundo de 2014: Brasil. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11157&revista_caderno=9]. Acesso em: mar. 2014.

preensão do nosso direito. É utópico pensar que a CBF tem poderes para exercer atividades administrativas como uma autarquia, ou mesmo controlar individualmente o estrito cumprimento dos contratos de cessão de imagem de atletas profissionais, os quais nem ao menos são registrados na entidade, diferentemente do que ocorre com os vínculos trabalhistas.

11. CONCLUSÃO

Nunca foi segredo que esta supervalorização das “figurinhas” dos atletas profissionais de futebol do mundo todo tinha um propósito muito menos inocente que completar um álbum.

O que se procurou demonstrar foi que o Direito de Imagem é Direito da Personalidade, mas que seu caráter patrimonial permite com que os clubes de futebol usem a imagem de seus atletas a fim de explorá-la economicamente. Não obstante tal prática seja legal, ela é permeada de lacunas as quais possibilitam a realização de fraudes.

Foi mostrado, ainda, que não pode o Direito de Arena justificar a exploração desta imagem visto que ele é de titularidade do clube e sua exploração coletiva. Enfatizou-se, também, o perigo que corre o marketing desportivo brasileiro gerado por uma potencial limitação legal do direito de imagem e o vazamento das consequências das fraudes praticadas da esfera cível para a criminal. Além disso, foram apontadas, a título comparativo, e quiçá inspirativo, as normas vigentes em outros ordenamentos e ligas particulares de países estrangeiros que versam sobre a mesma matéria, buscando, através do direito comparado, soluções para esta “epidemia”.

Finalmente, conclui-se que sim, é possível que sejam freadas tais práticas fraudulentas. Ademais, infere-se da parte final do trabalho exposto que, independentemente da ideia utilizada, seja baseada no direito comparado, seja uma ideia totalmente nova, a Lei Geral do Desporto, em conjunto com os estatutos da Fifa e da CBF são indubitavelmente instrumentos que justificam uma intervenção da Confederação no sentido de fiscalizar eventuais fraudes no nosso ordenamento. Fraudes, estas, que usem o futebol – no caso, o profissional, apesar da responsabilidade acerca do futebol amador – como pano de fundo.

12. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFFORNALLI, Maria. *Direito à própria imagem*. 1. ed., 5. reimp. Curitiba: Juruá, 2008.
- ARANTES, Andrea Benedetto. A soberania nacional frente aos comandos da Fifa no país sede da Copa do Mundo de 2014: Brasil. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11157&revista_caderno=9]. Acesso em: mar. 2014.

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BAKER, Liana. Super Bowl atraiu maior audiência na história. Disponível em: [<http://br.reuters.com/article/topNews/idBRSPE91304P20130204>]. Acesso em: abr. 2014.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BREER, Albert. Salary cap rise to \$133 million shows how new CBA is working. Disponível em: [www.nfl.com/news/story/0ap2000000331237/article/salary-cap-rise-to-133-million-shows-how-new-cba-is-working]. Acesso em: mar. 2014.
- BROOKE, Tyler. How does the salary cap work in the NFL? Disponível em: [<http://bleacherreport.com/articles/1665623-how-does-the-salary-cap-work-in-the-nfl>]. Acesso em: mar. 2014.
- CHULES, Eric Luis. Direito à imagem, mandatos eletivos e partidos políticos: a limitação do direito à imagem em decorrência do interesse público. Disponível em: [<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/31316/M1422JU.pdf?sequence=1>]. Acesso em: mar. 2014.
- ENRICH, Enric. Derechos de imagen. Disponível em: [www.copyright.com/archivo/17.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-a]. Acesso em: fev. 2014.
- FONSECA, Christiany; RODRIGUES, Francisco. *Análise sobre o direito de imagem do jogador de futebol*. dez. 2011, p. 145.
- GRISARD, Luiz Antônio. *Considerações sobre a relação entre o contrato de trabalho do atleta profissional e contrato de licença de uso de imagem*. p. 4. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30134-30596-1-PB.pdf+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br]. Acesso em: mar. 2014.
- LÓBO, Paulo. *Direito civil – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MALTCHIK, Roberto. Orçamento da Copa de 2014 sobe de 17 bilhões para 25 bilhões. Disponível em: [<http://oglobo.globo.com/esportes/orcamento-da-copa-de-2014-sobe-17-bilhao-para-25-bilhoes-4101315>]. Acesso em: mar. 2014.
- MELO FILHO, Álvaro. *Direito desportivo: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.
- _____. *O novo estatuto da CBF: análise jurídica*. 2005.
- OLIVEIRA, Piraci. Natureza jurídica do STJD. Disponível em: [www.piraci.com.br/artigos/STJD-Natureza_Juridica.pdf]. Acesso em: fev. 2014.
- PAIVA, Vinicius. Todos os patrocínios da Caixa. Disponível em: [<http://globoesporte.globo.com/platb/teoria-dos-jogos/2013/07/30/todos-os-patrocínios-da-caixa/>]. Acesso em: mar. 2014.
- PESSOA, Andre. O contrato de cessão de imagem do atleta profissional. Disponível em: [www.ibdd.com.br/index.php/colunas/o-contrato-de-cessao-do-direito-de-imagem-do-atleta-profissional-de-futebol/]. Acesso em: fev. 2014.

- REALE, Miguel. *Função social do contrato*. Disponível em: [www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm]. Acesso em: fev. 2014.
- SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Direito desportivo e conexões com o direito penal*. Curitiba: Juruá, 2014.
- SOARES, Jorge Miguel Acosta. *Direito de imagem e direito de arena no contrato de trabalho do atleta profissional*. São Paulo: Ed. LTr, 2008.
- SOARES, Mario Luiz. A miopia do *marketing* esportivo dos clubes de futebol no Brasil: proposta de um modelo de gestão de *marketing* esportivo para os clubes brasileiros. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-22082007-125144/pt-br.php]. Acesso em: abr. 2014.
- STAUDOHAR, Paul. Salary caps in professional team sports. Disponível em: [www.bls.gov/opub/mlr/cwc/salary-caps-in-professional-team-sports.pdf]. Acesso em: fev. 2014.
- VEIGA, Maurício Correia da. Contrato de trabalho de atleta. Disponível em: [www.conteudojuridico.com.br/aula-em-video, trabalho-desportivo-mauricio-correia-da-veiga-aula-1-contrato-de-trabalho-do-atleta-progama-saber-direito,38059.html]. Acesso em: abr. 2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Análise comparativa dos direitos à imagem e arena dos atletas profissionais – Lei Pelé antiga e atual, de Sergio Ventura Engelberg – *RBDD* 21/289 (DTR\2012\450087);
- O direito à imagem como direito da personalidade, de Rodrigo Santos Neves – *RT* 936/21 (DTR\2013\8038); e
- Breves comentários sobre temas relacionados ao direito de imagem no âmbito do futebol profissional brasileiro, de Luiz Otávio Rodrigues Ferreira – *RBDD* 1/45 (DTR\2011\1964).

A INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE PORTÕES FECHADOS

MÁRCIA SANTOS DA SILVA

Mestra em Direito Econômico pela Unimar. Doutoranda em Direito Constitucional pela Fadis, linha de pesquisa "Acesso à Justiça". Professora e advogada.

ÁREA DO DIREITO: Desportivo; Consumidor; Constitucional.

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo, partindo do reconhecimento do direito de apreciação do desporto, como um direito humano social elevado ao patamar constitucional, tratar da inconstitucionalidade da punição desportiva intitulada "pena de portões fechados". A natureza jurídica dos Regulamentos de Competição, qual seja, instrumentos normativos ordinários e privados, torna-os veículos ilegítimos e ineficazes para excepcionar, restringir e ou extinguir garantia constitucional fundamental. As regras desportivas em sentido estrito devem coexistir de maneira harmônica com o Direito Desportivo, enquanto ramo autônomo da Ciência Jurídica e, havendo antinomias, ao menos em sede de direitos fundamentais, não de prevalecer estes últimos, sob pena de retrocesso evolutivo da própria humanidade.

PALAVRAS-CHAVE: Portões fechados – Regulamento de competição – Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: This study aims to cover the unconstitutionality of the sports punishment known as "penalty of the closed gate". The right to appreciate sports as a social human right at a constitutional level has been considered in this study. The legal nature of any Competition Regulations, private and ordinary standard-setting instruments has become inefficient and illegitimate means to except, restrain and/or extinguish the fundamental constitutional guarantee. The sports rules per se must coexist in a harmonious way with the Sports Law, as an independent branch of the Legal Science and, once there is such independence, at least regarding the fundamental rights, these last ones may prevail, under the penalty of the humanity evolutionary backtracking.

KEYWORDS: Closed gates – Competition regulations – Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. Notas introdutórias – 2. O direito humano social de apreciação do desporto – 3. A natureza jurídica dos regulamentos de competição – 4. A inconstitucionalidade da pena de portões fechados – 5. Considerações finais – 6. Referências bibliográficas.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

O presente estudo, partindo do reconhecimento do desporto enquanto Direito Humano Social e assim reconhecido pelo Texto Constitucional brasileiro, nos exatos termos do disposto no *caput* do art. 217, busca demonstrar a necessidade de sua análise debaixo de uma visão tripartite.

O direito ao desporto consagra tanto o direito de praticar, de organizar e administrar atividades desportivas, como o de apreciar.

Reconhecida no Brasil como direito de cada um e, portanto, de toda a coletividade, por disposição expressa da Lei Maior e devidamente regulamentada, tanto pela Lei Geral sobre Desportos, vigente sob n. 9.615/1998, bem como, pelo Estatuto do Torcedor, Lei 10.671/2003, a garantia de liberdade para apreciação do desporto não pode ser tolhida e ou mitigada, de maneira coletiva, tampouco configurar, tal restrição a um direito social, penalidade às agremiações desportivas, então punidas com o fechamento dos portões dos estádios por um determinado número de partidas; não sem afrontar a estes instrumentos normativos mencionados e o que é ainda mais grave, sem ofensa inaceitável à Constituição Federal.

Analisar-se-á os denominados regulamentos das competições desportivas com o fito de evidenciar que estes instrumentos normativos não configuram meio lícito, não gozam de legitimidade e ou eficácia para a restrição de direitos assegurados pela própria Constituição Federal, como é o caso do direito de apreciação do desporto.

Por fim, no que diz respeito ao seu objeto principal e sem pretensão de esgotamento do tema, este artigo buscará demonstrar a inconstitucionalidade da aplicação da “pena de portões fechados” às agremiações desportivas, visto que a legislação pátria, amparada e embasa no Texto Constitucional, não autoriza a proibição coletiva de ingresso nas praças desportivas para o livre exercício do consagrado direito de apreciação do esporte, especialmente do futebol, modalidade que compõe o patrimônio cultural do povo brasileiro.

2. O DIREITO HUMANO SOCIAL DE APRECIÇÃO DO DESPORTO

Consta da Declaração Internacional de Direitos Humanos, em seu art. XXVII:

“1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios”.¹

Disposições no mesmo sentido são encontradas no Protocolo de San Salvador, documento de ratificação do compromisso americano para com os Direitos Humanos, conforme disposto em seu art. 14:

“Direito aos benefícios da cultura

1. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem o direito de toda pessoa a:

1. ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm]. Acesso em: 05.01.2014.

a. Participar na vida cultural e artística da comunidade;

(...)

2. Entre as medidas que os Estados Partes neste Protocolo deverão adotar para assegurar o pleno exercício deste direito, figurarão as necessárias para a conservação, desenvolvimento e divulgação da ciência, da cultura e da arte.

(...)

4. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem os benefícios que decorrem da promoção e desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais em assuntos científicos, artísticos e culturais e, nesse sentido, comprometem-se a propiciar maior cooperação internacional nesse campo”.²

Quanto a fazer, o futebol, parte da cultura do Brasil, defende-se, neste trabalho, tratar-se de questão já superada. Gustavo Lopes Pires de Souza, afirma:

“Todos somos consumidores e não seria de se considerar inverossímil a assertiva de que, no Brasil, todos somos torcedores. O costume de ir ao estádio torcer pelo time de futebol de sua simpatia está, já há muito, presente na vida do brasileiro: do mais rico ao mais humilde. Para o brasileiro, a paixão por um time de futebol corresponde à verdadeira expressão da cultura e lazer”.³

A “Lei Pelé”, Lei Geral sobre desportos vigente no país sob o n. 9.615/1998, traz em seu art. 2.º, o desporto como um direito individual e no § 2.º de seu art. 4.º, com a redação dada pela Lei 10.672 de 15.05.2003, afasta qualquer dúvida quanto a ser o desporto parte integrante do patrimônio cultural brasileiro:

“Art. 4.º O Sistema Brasileiro do Desporto compreende:

(...)

§ 2.º A organização desportiva do país, fundada na liberdade de associação, integra o patrimônio cultural brasileiro e é considerada de elevado interesse social, inclusive para os fins do disposto nos incisos I e III do art. 5.º da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993”⁴ (destacou-se).

Destaque-se que, no Brasil, o desporto foi elevado ao patamar constitucional de maneira inédita em 1988 e, da análise do art. 217 da CF/1988, inserto no Capítulo III, “Da Educação, da Cultura e do Desporto”, de seu Título VIII, “Da Ordem So-

2. EL SALVADOR. *Protocolo de San Salvador – 17 de novembro de 1998*. Protocolo Adicional à Convenção Interamericana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: [www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/pesquisa/convencoes/protocolo_sansalvador.pdf]. Acesso em: 05.01.2014.

3. SOUZA, Gustavo Lopes Pires de. *Estatuto do Torcedor: a evolução dos direitos do consumidor do esporte (Lei 10.671/2003)*. Belo Horizonte: Alfstudio Produções, 2009. p. 27.

4. BRASIL. *Lei 9.615 de 24 de março de 1998*. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências.

cial”, constata-se que a Lei Geral sobre Desportos cumpre com sua função precípua no sentido de regulamentar os ditames constitucionais:

“Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados:

I – a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

II – a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para do desporto de alto rendimento;

III – o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não profissional;

IV – a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

§ 1.º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da Justiça Desportiva, reguladas em lei.

§ 2.º A Justiça Desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

§ 3.º O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social”.⁵

É sabido que foi a modalidade esportiva futebol a responsável por esta consideração ao desporto, feita pelo legislador constituinte, e por razões óbvias: a identificação estabelecida entre o futebol e a sociedade brasileira é fato não alcançado, até hoje, por nenhum outro esporte.

Embora haja posicionamentos contrários, esta pesquisa está filiada ao entendimento de que o futebol compõe o patrimônio cultural do povo brasileiro e sua prática, transmutada em atividade econômica, concernente na exploração deste sentimento de adoração que todo um povo nutre por esta prática esportiva, está impregnada de relevante interesse público.

Por interesse público há de se considerar o interesse público primário, do povo, da coletividade e não das instituições públicas que têm por razão de existir, justamente, a proteção e zelo deste interesse.

A Constituição Brasileira de 1988 recebeu forte influência dos movimentos em prol da defesa dos direitos humanos ao redor do mundo, o que é de fácil constatação mediante simples leitura do Texto Constitucional.

A proteção à dignidade da pessoa humana e a sua valorização compõem a redação de inúmeros artigos do Texto Constitucional. Destaca-se aqui, o disposto no *caput* do art. 170:

5. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 153.

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)”.⁶

Desde que indiscutível a exploração econômica da prática desportiva profissional do futebol, vale dizer, tendo se tornado uma atividade econômica, o “negócio futebol”, o desporto passou a exigir análise tripartite.

Não é minimamente tolerável que a leitura do art. 217 da CF/1988 seja feita com vistas apenas a dois entes: as entidades de organização e prática de um lado e de outro os atletas.

Ao longo de muitos anos, toda a legislação infraconstitucional, reafirmando-se que somente em 1988 o desporto foi elevado ao patamar constitucional, esteve voltada, tão somente, a estes dois polos, quais sejam, aos que organizavam e aos que praticavam o futebol.

Somente aos 15.05.2003, o Estatuto do Torcedor, Lei 10.671/2003 entra em vigor para regulamentar o *caput* do art. 217 da CF/1988, reconhecendo a toda sociedade brasileira a condição de torcedora.

Imperioso considerar que o art. 217 da CF/1988 compõe o Título “Da Ordem Social”, e reconhece, expressamente, o desporto como um direito de cada um.

Há de se compreender a expressão “direito de cada um” como aquela que faz alusão à coletividade em sua integralidade. Se é de cada um é de todos e não apenas para organizar ou praticar uma modalidade esportiva, mas também e igualmente para apreciar.

O Estatuto do Torcedor ao reconhecer a condição de torcedor, indistintamente, a todo o povo brasileiro, traduziu no texto normativo a indiscutível verdade: o futebol faz parte da cultura do povo brasileiro, trata-se de um seu marco característico e distintivo; nesta linha, o art. 217 também é claro em estabelecer o dever do Poder Público em zelar para que seja assegurado o desenvolvimento e o livre acesso das pessoas ao esporte, seja para organizar, praticar ou apreciar.

Conclui-se que o direito de torcer é um direito humano, sociocultural, expressamente protegido pelo Texto Constitucional e devidamente regulamentado pela Lei Geral de Desporto e pelo Estatuto do Torcedor.

O art. 2.º do Estatuto do Torcedor esclarece:

“Art. 2.º Torcedor é toda pessoa que aprecie apoie ou se associe a qualquer entidade de prática desportiva do país e acompanhe a prática de determinada modalidade esportiva.

6. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 35. ed. São Paulo: AASP, 2008.

Parágrafo único. Salvo prova em contrário, presumem-se a apreciação, o apoio ou o acompanhamento de que trata o *caput* deste artigo.”⁷

A Declaração Internacional de Direitos Humanos assegura a todo ser humano o direito de participar livremente da vida cultural de sua comunidade; nesta linha, tanto na Constituição Federal, quanto na Lei Geral sobre Desportos no Brasil e no Estatuto do Torcedor, outra coisa não fez o legislador, senão registrar expressamente este direito, no qual se traduz a livre apreciação do desporto, especialmente no que diz respeito ao futebol, seguramente, a mais popular de todas as modalidades esportivas no Brasil e responsável pela constitucionalização do esporte neste país.

3. A NATUREZA JURÍDICA DOS REGULAMENTOS DE COMPETIÇÃO

O art. 217 da CF/1988 assegura às entidades de administração e prática desportivas, autonomia no que concerne à sua organização e funcionamento.

O referido inc. I do art. 217 do Texto Constitucional, não raro, recebe interpretação demasiadamente extensiva e em afronta à regra comesinha para compreensão de textos normativos, qual seja, a sistemática, onde a leitura dos incisos deve ser feita sempre em consonância com o *caput*, título, seção, enfim, em harmonia com todo o sistema jurídico ao qual pertença a norma objeto de análise; tal equívoco, além de confusão entre autonomia e soberania, termina por contribuir para um indesejável isolamento das questões desportivas, sonogando-lhes o relevante interesse público, bem como, desmerecendo a natureza igualmente pública do próprio Direito Desportivo.

A compreensão e o estudo do Direito Desportivo passam, obrigatoriamente, assim como para todos os demais ramos da Ciência Jurídica, pela análise dos princípios gerais de Direito, não estando imune, muito ao contrário, de interpretação à luz da Constituição Federal. É sabido que a divisão do Direito em ramos e subáreas é meramente didática e diz-se ser autônomo um determinado ramo, quando as peculiaridades e princípios que o norteiam sejam por demais específicos, como é o caso do Direito Desportivo; há de se considerar também e principalmente neste ponto, que autonomia não quer dizer soberania e que o Direito Desportivo não é porção insular do Direito, mas ao contrário, tem seu nascedouro no Texto Constitucional.

Gustavo Lopes Pires de Souza afirma: “Apesar de ser um ramo autônomo, o Direito Desportivo, tal como todo e qualquer ramo do Direito, não pode ser anali-

7. BRASIL. *Lei 10.671 de 15 de maio de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências.

sado de forma compartimentada, sem se levar em consideração o contexto jurídico, histórico e circunstancial”.⁸

O fato de ter sido tardia a menção constitucional ao desporto, no Brasil, o que se deu de maneira inédita em 1988, tendo existência normativa comum, as primeiras normas alusivas às questões desportivas até então, não desobriga o estudioso deste ramo autônomo do Direito de fazê-lo em harmonia com todo o sistema jurídico pátrio e o que é mais importante, em absoluto respeito ao Texto Constitucional, notadamente ao reconhecer o desporto como um direito de cada um.

O reconhecimento do desporto como direito social conduz, compulsoriamente, a uma visão tripartite do fato desportivo, quais sejam: o direito de praticar, o direito de organizar e o direito de apreciar; todos os três oriundos da Lei Maior e estabelecidos em pé de igualdade.

No que concerne ao direito de organizar e, no caso brasileiro, o direito de explorar economicamente a modalidade esportiva de maior aceitação nacional, o futebol, assim como o Estado brasileiro não há de se imiscuir na organização e funcionamento de qualquer empresa privada, determinando-lhe com quantos empregados deve atuar, qual produto produzir, deve, de outro lado, por obediência também a um ditame constitucional, tão importante quanto a preservação da livre-iniciativa, regular a referida atividade econômica, dado o relevante interesse público de que está revestida.

A título de exemplo, analisemos os hospitais privados, as empresas do ramo de telefonia, alimentação, transporte; o fato de lidarem com direitos humanos fundamentais, em que pese a autonomia para organização e funcionamento de que desfrutam, em razão do direito à livre iniciativa, é sabido que estarão debaixo de forte regulação, dado o dever estatal de zelo pelo interesse público primário.

Igualmente no que concerne aos direitos trabalhistas, muito embora sejam as empresas livres para contratar e demitir empregados, o ordenamento jurídico pátrio não admite que em regulamento interno ou qualquer tipo de acordo coletivo, tais garantias laborais amparados pelo Texto Constitucional sejam suprimidas ou vilipendiadas. De igual forma, o consumidor não poderá ter seus direitos fundamentais infringidos, assim como o meio ambiente, a livre concorrência, enfim, a livre-iniciativa não é um direito econômico absoluto; há de conviver em harmonia com os direitos humanos sociais que também compõem as vigas sustentatórias do Estado brasileiro.

Retomando a análise das entidades de administração e prática desportiva do futebol enquanto negócio e as inúmeras particularidades que caracterizam e dis-

8. SOUZA, Gustavo Lopes Pires de. *O caso Portuguesa e o Direito Desportivo*. Disponível em: [www.universidadedofutebol.com.br/Coluna/12382/O-caso-Portuguesa-e-o-Direito-Desportivo]. Acesso em: 04.01.2014.

tinguem esta atividade econômica *sui generis*, bem como a reconhecida autonomia de que desfrutam, no que concerne a sua organização e funcionamento, não há de se conceber que possam existir à margem do Direito, posto que nenhuma empresa pública ou privada está autorizada a assim proceder.

Nenhuma empresa, em solo pátrio, goza de permissão à desobediência da legislação nacional, ainda no que diga respeito ao seu público interno e dentro dos limites de sua sede. Não existe razão minimamente defensável para que os clubes de futebol e as entidades de administração do desporto considerem-se excluídas desta obrigatoriedade.

Nesta linha de raciocínio, forçoso concluir que os denominados Regulamentos de Competição, instrumentos normativos norteadores das competições esportivas, sejam nacionais ou internacionais, emanados de entidades de administração do desporto, não podem, em modo ou tempo algum, criar verdadeiras situações jurídicas de exceção.

Não gozará de validade jurídica quer nacional ou internacional, Regulamento de Competição que venha a excepcionar ou restringir Direitos Humanos Fundamentais, por ocasião da ocorrência de partidas e ou eventos desportivos como um todo.

A natureza normativa ordinária e privada, ou seja, a não submissão ao processo legislativo tal como previsto na Constituição, faz dos Regulamentos de Competição veículos sem legitimidade para introdução de normas em afronta à legislação decorrente do Poder Constituído, especialmente à Constituição Federal.

O desporto é fato social que frequenta os âmbitos público e privado e a atividade econômica de exploração do futebol não está a salvo do respeito ao Texto Constitucional, normas infraconstitucionais e aos tratados internacionais que, firmados pelo Brasil, compõem o ordenamento jurídico pátrio.

Os clubes de futebol e as entidades de administração em todos os níveis, municipal, estadual e federal, ao mesmo tempo em que gozam de autonomia para sua organização e funcionamento, devem obediência ao ordenamento jurídico nacional.

Para o presente estudo, importa definir a natureza e a força normativa dos denominados Regulamentos de Competição.

A Fifa – *Fédération Internationale de Football Association* é a entidade máxima no que concerne a modalidade esportiva futebol e as regras para esta prática emanam da IFAB – *International Football Association Board*; é também sabido que a pena máxima pelo não cumprimento dos regramentos da Fifa é o descredenciamento do país e ou da agremiação desportiva faltosa, o que implica dizer, banimento do mundo desportivo, porque não ser reconhecido pela Fifa, não participar das competições por esta tidas por oficiais e não constar de seus registros é não existir no mundo desportivo.

Consta do Código Disciplinar da Fifa quais são as normas que compõem os seus regulamentos, bem como, aqueles que estão a elas sujeitos:

“8. *FIFA regulations*: the statutes, regulations, directives and circulars of FIFA as well as the Laws of the Game issued by the International Football Association Board.

(...)

The following are subject to this code:

- a) associations;
- b) members of associations, in particular the clubs;
- c) officials;
- d) players;
- e) match officials;
- f) licensed match and players’ agents;
- g) anyone with an authorisation from FIFA, in particular with regard to a match, competition or other event organised by FIFA;
- h) spectators.”⁹

A Fifa é associação civil de direito privado estabelecida na Suíça e sujeita às normas jurídicas daquele país. Entidade administrativa da modalidade esportiva futebol hierárquica e internacionalmente superior a todas as demais, traz em seus regulamentos as regras às quais ficam submetidas as associações nacionais que deste sistema internacional pretendam fazer parte.

No Brasil, a Lei Geral sobre Desportos 9.615 de 1988, estabelece:

“Art. 1.º O desporto brasileiro abrange práticas formais e não formais e obedece às normas gerais desta lei, inspirado nos fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito.

§ 1.º A prática desportiva formal é regulada por normas nacionais e internacionais e pelas regras de prática desportiva de cada modalidade, aceitas pelas respectivas entidades nacionais de administração do desporto.”¹⁰

Consta também do *caput* do art. 217 da CF/1988: “É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados:

9. FIFA. *Fédération Internationale de Football Association*. FIFA Disciplinary Code. 2011 Edition. Disponível em: [<http://pt.fifa.com/aboutfifa/organisation/footballgovernance/disciplinarycode.html>]. Acesso em: 04.01.2014.

10. BRASIL. *Lei 9.615 de 24 de março de 1988*. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências.

(...)”.¹¹ É possível concluir que o respeito às normas internacionais da modalidade em estudo, qual seja, o futebol, faz alusão às regras do jogo e das competições, atinentes à pontuação, premiação, julgamento de questões disciplinares e organizacionais etc. Leitura do Estatuto da Fifa conduz ao entendimento de que não cogitou a aludida Federação Internacional de excepcionar o Direito, enquanto ciência acolhida e estudada pelos povos ao redor do mundo, mas apenas disciplinar os jogos, partidas e competições da modalidade desportiva futebol.

A Lei Geral sobre Desportos no Brasil, Lei 9.615 de 1998, faz menção aos regulamentos de competição para determinar que tratem das formas de acesso e descenso das agremiações em campeonatos ou torneios regulares, como são os campeonatos estaduais de futebol e o campeonato brasileiro, a título de exemplo:

“Art. 89. Em campeonatos ou torneios regulares com mais de uma divisão, as entidades de administração do desporto determinarão em seus regulamentos o princípio do acesso e do descenso, observado sempre o critério técnico.”¹²

O Estatuto do Torcedor, Lei 10.671 de 2003, com as alterações introduzidas pela Lei 12.299/2010, também faz menção expressa à obrigatoriedade de existência e publicação dos Regulamentos de Competição, como um direito do torcedor:

“Capítulo II

Da transparência na organização

Art. 5.º São asseguradas ao torcedor a publicidade e transparência na organização das competições administradas pelas entidades de administração do desporto, bem como pelas ligas de que trata o art. 20 da Lei n. 9.615, de 24 de março de 1998.

§ 1.º As entidades de que trata o *caput* farão publicar na Internet, em sítio da entidade responsável pela organização do evento:

I – a íntegra do regulamento da competição;

II – as tabelas da competição, contendo as partidas que serão realizadas, com especificação de sua data, local e horário;

III – o nome e as formas de contato do Ouvidor da Competição de que trata o art. 6.º;

IV – os borderôs completos das partidas;

V – a escalação dos árbitros imediatamente após sua definição; e

VI – a relação dos nomes dos torcedores impedidos de comparecer ao local do evento desportivo.

11. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*.

12. BRASIL. *Lei 9.615 de 24 de março de 1998*. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências.

§ 2.º Os dados contidos nos itens V e VI também deverão ser afixados ostensivamente em local visível, em caracteres facilmente legíveis, do lado externo de todas as entradas do local onde se realiza o evento esportivo.

§ 3.º O juiz deve comunicar às entidades de que trata o *caput* decisão judicial ou aceitação de proposta de transação penal ou suspensão do processo que implique o impedimento do torcedor de frequentar estádios desportivos.”¹³

A existência do Regulamento das Competições e sua publicidade sessenta (60) dias antes do início destas, constitui direito do torcedor previsto no art. 9.º da Lei 10.671/2003: “É direito do torcedor que o regulamento, as tabelas da competição e o nome do Ouvidor da Competição sejam divulgados até 60 (sessenta) dias antes de seu início, na forma do § 1.º do art. 5.º”.¹⁴

O Estatuto do Torcedor foi a primeira legislação pátria a regulamentar o direito constitucional de apreciação do desporto e ao estabelecer a exigibilidade de existência e publicidade dos Regulamentos de Competição, como um direito do torcedor, objetivou, justamente, tornar públicas e transparentes as regras para realização e desenvolvimento das partidas, no presente estudo, de futebol, a fim de assegurar a toda a sociedade brasileira, considerada torcedora por este mesmo diploma legal, em seu art. 2.º, justa proteção ao sentimento de adoração que dedica a esta modalidade esportiva; é sabido que o negócio futebol sobrevive da exploração econômica desta devoção social.

Nesta esteira, é possível conceituar Regulamento de Competição como o instrumento normativo que, definindo os critérios de desenvolvimento válido e regular das partidas esportivas, elaborado em estreita obediência às regras nacionais e internacionais à modalidade regulamentada, deve, igualmente, estar em consonância com a legislação pátria, constitucional e infraconstitucional.

O presente estudo objetiva demonstrar, assim, a inconstitucionalidade de previsão em Regulamento de Competição, de penalidade às agremiações esportivas participantes de certame, que impliquem na proibição de acesso de torcedores ao estádio, a então intitulada “pena de portões fechados”.

4. A INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE PORTÕES FECHADOS

A penalidade de se jogar com portões fechados, consiste em punição a ser aplicada à agremiação desportiva e que implica na proibição de ingresso da torcida à arena onde acontecerá a partida, via de regra, tal punição decorre de atos de violência e desordem praticados nos estádios pelos próprios torcedores do Clube a ser punido.

13. JORDÃO, Milton. SOUZA, Gustavo Lopes Pires de. *Comentários ao Estatuto do Torcedor (Lei 10.671/2003)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 17-20.

14. *Idem*, p. 27.

Em primeiro lugar, a referida penalidade afronta princípio geral de direito penal no que diz respeito à vedação de que a pena ultrapasse o autor do ilícito e, neste diapasão, duas colocações se fazem pertinentes: se a falta foi cometida ou deve ser atribuída à pessoa jurídica da agremiação desportiva, não há de se falar em punição de todos aqueles que possam se interessar em ingressar à arena desportiva para apreciação do espetáculo e, ainda que a falta possa ser atribuída a um torcedor ou grupo determinado ou determinável de torcedores, de igual modo, não há de se falar em punição, novamente, de todos que possam se interessar em ingressar no estádio e assistir ao jogo.

A natureza regulamentadora e assecuratória da transparência e lisura da competição, retira dos Regulamentos, em absoluto, a possibilidade de servirem de veículo limitador e ou restritivo de direitos, cuja proteção constitui uma de suas primordiais razões de existência.

Conceber como legítimo o estabelecimento da pena de vedação do ingresso dos torcedores à arena esportiva, por intermédio de regulamento de competição, seria atribuir a este instrumento normativo ordinário, capacidade reformadora do próprio Texto Constitucional, o que caracteriza absurdo inadmissível pelo sistema jurídico pátrio.

No entanto, recentes episódios de violência em estádios de futebol no Brasil deram ensejo à solicitação de inclusão no Regulamento de Competições da Confederação Brasileira de Futebol – CBF, da aludida pena de portões fechados:

“O Procurador-Geral do Superior Tribunal de Justiça Desportiva (STJD) encaminhou nesta quarta-feira uma carta à cúpula da CBF para que a entidade inclua no Regulamento Geral de Competições (RGC) de 2014 a possibilidade para que os clubes sejam punidos com portões fechados caso haja desordem na praça de desporto.

A medida seria possível se houver a adoção de partes do regulamento da Fifa (*sic*) na esfera nacional. Além do fechamento de portões, a mudança no regulamento abriria brecha para colocar jogos em campo neutro ou o banimento de um estádio, seja através de ofício emitido pela CBF ou por recomendação ou determinação do STJD”.¹⁵

A mencionada regra constante do Código Disciplinar da Fifa é a seguinte:

“7. *Culpability*

1. Unless otherwise specified, infringements are punishable regardless of whether they have been committed deliberately or negligently.

15. BRASIL. LANCENET. SIQUEIRA, Igor. *STJD pede à CBF a inclusão da pena de portões fechados no regulamento*. Disponível em: [www.lancenet.com.br/minuto/STJD-CBF-inclusao-fechados-regulamento_0_1020498143.html#ixzz2moGIhs99]. Acesso em: 04.01.2014

2. Exceptionally, a match may have to be played without spectators or on neutral territory, or a certain stadium may be banned purely for safety reasons, without an infringement having been committed.”¹⁶

Simple leitura do texto normativo acima destacado deixa evidente a excepcionalidade da pena de portões fechados, bem como, que se trata de possibilidade prevista no Código Disciplinar da Fifa e não normativa de aplicação compulsória, sob pena da tão temida exclusão associativa. Vale dizer, nenhuma Confederação está obrigada a implantar a referida penalidade, tão somente porque prevista pela Fifa, especialmente se tal procedimento vier de encontro à Lei Maior do Estado onde estiver sediada, como é o caso do Brasil.

Válido destacar ainda que, a promoção de alterações no Código Brasileiro de Justiça Desportiva, que nada mais é que uma Resolução do Conselho Nacional de Esportes, ou mesmo na Lei Geral sobre Desportos no Brasil, para inserção da tal penalidade, qual seja, a de se jogar com portões fechados, não afastaria a inconstitucionalidade de tais instrumentos normativos, posto que decorre do Texto Constitucional, inspirado que foi pelos movimentos internacionais em favor da defesa dos Direitos Humanos, o direito de apreciação do desporto, regulamentado, no Brasil, pela Lei 10.671/2003, o Estatuto do Torcedor.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado às competições internacionais e utilizar-se-á como exemplo a competição intitulada “Taça Libertadores da América”, organizada pela Conmebol – *Confederación Sudamericana de Fútbol*.

Em partida realizada em Oruro, na Bolívia, pelo mencionado torneio internacional, entre a agremiação brasileira Sport Club Corinthians Paulista e o clube de futebol boliviano, San José, deu-se a morte de um jovem boliviano, em razão de disparo de um artefato pirotécnico por um torcedor corinthiano em direção à torcida adversária.

A morte do jovem ganhou repercussão internacional, resultou na prisão de 11 (onze) torcedores corinthianos e o Tribunal Disciplinar da Conmebol, em atendimento ao regimento da Confederação, puniu, cautelarmente, a agremiação brasileira, determinando a realização dos jogos com portões fechados, vale dizer, a torcida brasileira estaria impedida de assistir às partidas do Corinthians pelo aludido campeonato.¹⁷

Diante da mencionada punição, alguns torcedores corinthianos ingressaram com ação perante a Justiça Pública brasileira, mais precisamente, perante a 7.^a Vara Cível do Foro Central da Capital Paulista, em face da Conmebol, com pedido de antecipação de tutela que lhes assegurasse o direito de assistir à partida que se reali-

16. FIFA. *Fédération Internationale de Football Association*. Op. cit.

17. PARAGUAY. *Confederación Sudamericana de Fútbol*. Unidad Disciplinaria – Tribunal de Disciplina – Caso 0/7/2013. Aclaración de La ejecución de las medidas cautelares adoptadas. 27 de febrero de 2013.

zaria no Brasil, no estádio Paulo Machado de Carvalho, o “Pacaembu”, pelo mesmo torneio em comento, qual seja, a “Taça Libertadores da América”.

A decisão proferida merece atencioso estudo. Em que pese não mencione expressamente o Estatuto do Torcedor, tampouco o direito constitucional de apreciação do desporto, os seus fundamentos vão ao encontro destes institutos e representaram um marco, pelo ineditismo e o instigar do debate jusdesportivo:

“É inquestionável que o ingresso adquirido pelo consumidor vincula a organizadora do evento (art. 48 do CDC).

Em tese, portanto, o consumidor teria que se conformar com a frustração do contrato exclusivamente na hipótese de cancelamento do evento ou por motivo de força maior.

A punição preventiva do clube para jogar sem a presença da torcida, em um juízo de cognição sumária, não caracteriza um motivo plausível para a Organizadora do Torneio rasgar os contratos que celebrou com os torcedores que adquiriram por antecipação os ingressos.

Assim, a punição aplicada após a compra do ingresso pelos autores, em tese, não pode afetar o seu direito adquirido de comparecimento ao espetáculo que irá se realizar, notadamente porque a própria organizadora do evento permite a assistência a seus convidados.

Saliente-se que a negativa de presença de torcida não tem qualquer relação com a segurança do estádio do Pacaembu ou do espetáculo em si, o que torna incompreensível o motivo porque a ré pretende punir os consumidores que já haviam adquirido seus ingressos ao invés de estabelecer uma sanção exclusivamente ao clube (negativa de venda de novos ingressos) e aos responsáveis pela atitude que violou o regulamento.

Os adquirentes de ingressos para a partida não estão sujeitos à medida potestativa da Organizadora do Torneio que simplesmente ignora o contrato anteriormente celebrado, com o propósito de assim aplicar uma reprimenda a um dos clubes envolvidos no certame”¹⁸ (destacou-se).

Concedida a liminar e expedidos os ofícios cientificadores da decisão ao Sport Club Corinthians Paulista, à Secretaria de Segurança Pública e à Secretaria de Esportes do Município de São Paulo, bem como, aos representantes da Conmebol, o que se sucedeu foi, no mínimo, um grandioso desserviço ao Direito Desportivo.

18. BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. 7.^a Vara Cível do Foro Central. Processo 1006563-33.2013.8.26.0100. Autor: Gerson Mendonça Neto e outros. Requerido: Conmebol – Confederação Sulamericana de Futebol. Juiz de Direito: Antônio Carlos de Figueiredo Negreiros. Data da decisão: 27.02.2013.

Os torcedores que tiveram o seu direito assegurado pela Justiça foram alvo da tentativa de dissuasão da ideia de assistir ao jogo, debaixo do argumento de que agremiação Corinthiana poderia ser ainda mais prejudicada pela Conmebol:

“Até conseguirem entrar, no entanto, o grupo enfrentou alguns percalços.

Assim que chegaram ao estacionamento do Pacaembu, os torcedores se reuniram com o diretor jurídico do Corinthians, (...) e o advogado do clube, (...), na ouvidoria do estádio. Após alguns minutos, os representantes do clube deixaram a reunião contrariados e visivelmente irritados.

‘Não conseguimos convencê-los a mudar de ideia’, disse (...) ao UOL Esporte. O temor é que a presença dos torcedores prejudique ainda mais o clube junto à Conmebol e que a entidade tome medidas de punições adicionais. Por isso, os advogados alvinegros tentaram convencer o grupo a mudar de ideia e não entrar no estádio.”¹⁹

A Justiça Pública brasileira embora tenha se utilizado de fundamentos jurídicos congruentes, não mencionou o Estatuto do Torcedor que, é sabido, constitui o Código de Defesa do Consumidor-Torcedor, tampouco buscou respaldo no próprio Texto Constitucional.

Há de se prestigiar, entretanto, o fato de se ter buscado amparo na principiologia básica da responsabilidade civil e do direito penal, qual seja, o nexos de causalidade e o não extrapolar da pena para além daquele que cometeu o delito.

Questionou o magistrado a razão de não se estabelecer uma sanção exclusivamente ao clube e nesta linha, nada poderiam fazer os torcedores se a punição houvesse recaído sobre a agremiação brasileira, no sentido de excluí-la do campeonato, em razão do ocorrido, posto que, no caso em tela, indiscutível que o artefato pirotécnico partiu da torcida do clube brasileiro em direção à torcida do clube boliviano, ferindo de morte o jovem torcedor adversário, muito embora não tenha sido possível identificar qual ou quais torcedores praticaram o ato ilícito.

Entretanto, o ato de punir a agremiação invadindo a esfera jurídica do torcedor, não encontra amparo na legislação pátria e desta assertiva decorrem outros pontos para necessária análise.

Restaria de fato inviabilizada a realização de uma competição esportiva internacional, se a legislação interna de todas as nações participantes tivesse de ser respeitada?

19. BRASIL. FRANCESCHINI, Gustavo; MONTES, Luiz Paulo. *São Paulo – Uol Esportes*. Disponível em: [http://esporte.uol.com.br/futebol/campeonatos/libertadores/ultimas-noticias/2013/02/27/quatro-torcedores-contrariam-corinthians-e-decidem-entrar-no-pacembu.htm]. Acesso em: 29.07.2013.

Responde-se negativamente e a prova disto vem da própria Fifa e da realização da Copa, o maior evento esportivo do mundo e que reúne inúmeros Estados com legislações diversas.

Importante para este estudo, que seja estabelecida distinção entre regras e normas desportivas, estas então atinentes ao desenvolvimento válido e regular das partidas de uma determinada modalidade esportiva, sendo certo que o futebol é o objeto da presente análise, e o Direito Desportivo, enquanto ramo autônomo da Ciência Jurídica. Nesta linha, a quantidade de jogadores, as medidas do campo de jogo e das estruturas que formam as metas de cada equipe, por exemplo, podem ser chamadas de regras desportivas puras e, no caso do futebol, emanam da já mencionada IFAB – *International Football Association Board*. No que diz respeito a estas normativas, filia-se esta pesquisa ao entendimento de que não há mesmo de se falar de ingerência estatal em tais questões.

Quanto ao Direito Desportivo, defende-se ser ramo autônomo do Direito Público brasileiro, em razão de suas especificidades e principiologia particular, a exigir leitura debaixo de enfoque constitucional.

Cristiano Cruz Alves afirma:

“A análise do direito desportivo deve recombinar as normas emanadas do Poder Público e das organizações privadas (dualismo x monismo). A combinação dos dois evidencia a heterogeneidade do sistema que desejou o legislador constituinte, pois ao mesmo tempo defere competência concorrente para legislar à União, Estados e Distrito Federal em matéria desportiva (art. 24, IX), reconhece ‘a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento’ (Constituição Federal, art. 217, I). Este modo de tratar a questão desportiva, adotado no ordenamento jurídico, demonstra que o Estado brasileiro optou por não sucumbir absolutamente a entidades desportivas.”²⁰

Para Cristiano Cruz Alves, o Brasil adotou o sistema misto de gestão desportiva: “E por último, é a junção no sistema desportivo das ações das entidades privadas e do Poder Público, visando harmonia como condição para a consecução dos objetivos do esporte considerado para aquele país. É o sistema que o Brasil adota atualmente.”²¹

É de se reconhecer, por conseguinte:

a) O direito de apreciação do desporto constitui um direito humano fundamental e como tal há de ser respeitado pelos Estados signatários dos tratados interna-

20. ALVES, Cristiano Crus. As regras internacionais, o desporto e a soberania nacional. In: Instituto de Direito Desportivo da Bahia (IDDBA); Instituto Mineiro de Direito Desportivo (IMDD) Orgs. *Direito desportivo e esporte – temas selecionados*. Salvador: Ôminira, 2012. vol. 3, p. 51-52.

21. *Idem*, p. 52.

cionais neste sentido, conforme exposto no item de n. 1 e com muito mais razão pelos Estados que insculpiram tal direito, expressamente, em seus Textos Constitucionais, como é o caso do Brasil.

b) Ainda que constasse dos Regulamentos e Normativas da Fifa a obrigatoriedade de desrespeito a tais direitos sob pena de descredenciamento, o que não é fato, seria inconcebível admitir a criação de situação de exceção desta grandeza, tão somente para viabilização de torneios esportivos, além do que, significaria andar na contra-mão da própria razão de ser do esporte e de existência da Fifa.

Trazendo a discussão para o âmbito Conmebol, ou seja, para o Continente Sul-Americano, destaque-se os Pactos Americanos formalizados em favor da proteção dos Direitos Humanos, portanto, não se trata de criar Regulamento de Competição Internacional que se adapte à legislação de cada Estado participante por meio de suas agremiações esportivas, mas de simples respeito a um direito humano fundamental, qual seja, o direito de apreciação do esporte.

Considere-se que, ao contrário da Copa do Mundo, onde todas as partidas são realizadas em um determinado país eleito para sediar o evento, no torneio “Taça Libertadores da América” as partidas são realizadas em cada país, cujas agremiações sejam participantes, logo, com muito mais razão, o Regulamento de uma competição esportiva internacional com tais características, deveria ser elaborado com vistas a não afrontar aos direitos humanos fundamentais que configurem ponto de interseção à imensa maioria dos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, não havendo de ser, justamente o esporte, o elemento desagregador deste intuito maior. Especialmente na América do Sul, não se tem notícia de que os Estados que compõem esta porção do continente americano não estejam organizados de maneira semelhante e debaixo de uma ordem jurídica constitucional; trata-se de Estados de Direito e que até guardam grande similitude organizacional autorizadora até mesmo da importação de modelos normativos e jurisdicionais, inclusive.

Frise-se que, para realização da Copa do Mundo, que terá no corrente ano de 2014, o Brasil como sede, a Fifa não se detém ao Regulamento da Competição; durante o evento, terá vigência lei especialmente criada para o mesmo; no Brasil, a chamada Lei Geral da Copa, n. 12.663 de 05.06.2012,²² foi o instrumento normativo criado entre o Brasil, enquanto Estado-sede e a Fifa, para regular, adequar e uniformizar as regras a serem aplicadas diante de eventuais litígios típicos e específicos do período de competição.

22. BRASIL. *Lei 12.663, de 5 de Junho de 2012*. Dispõe sobre as medidas relativas à Copa das Confederações FIFA 2013, à Copa do Mundo FIFA 2014 e à Jornada Mundial da Juventude – 2013, que serão realizadas no Brasil; altera as Leis 6.815, de 19.08.1980, e 10.671, de 15.05.2003; e estabelece concessão de prêmio e de auxílio especial mensal aos jogadores das seleções campeãs do mundo em 1958, 1962 e 1970.

A referida norma altera a Lei Geral sobre Desportos, 9.615/1998, bem como, o Estatuto do Torcedor, Lei 10.671/2003, tornando límpido o entendimento alinhado neste estudo, qual seja: regulamentos de competição não se prestam à alteração de legislação decorrente do Poder Público.

Em seu Capítulo VI, a Lei Geral da Copa trata das condições de acesso e permanência nos locais oficiais de competição, proibindo, expressamente: a portabilidade de objetos que possibilite a prática de atos de violência, fogos de artifício ou quaisquer outros engenhos pirotécnicos, entoar xingamentos ou cânticos discriminatórios, racistas ou xenófobos, incitar ou praticar atos de violência, invadir ou incitar a invasão da área restrita aos competidores, portar bandeiras com mastros de bambu ou similares e ao final ressalva:

“Art. 28. São condições para o acesso e permanência de qualquer pessoa nos locais oficiais de competição, entre outras:

(...)

§ 1.º É ressalvado o direito constitucional ao livre exercício de manifestação e à plena liberdade de expressão em defesa da dignidade da pessoa humana.

§ 2.º O não cumprimento de condição estabelecida neste artigo implicará a *impossibilidade de ingresso da pessoa no local oficial de competição ou o seu afastamento imediato do recinto*, sem prejuízo de outras sanções administrativas, civis ou penais”²³ (destacou-se).

Não houve e nem poderia, o estabelecimento da punição de fechamento de portões à torcida como um todo, mas, tão somente, à pessoa que pratique a conduta ilícita prevista na lei.

A predominância de ajustes econômico-financeiros na Lei Geral da Copa, não a desnatura enquanto concretização normativa necessária à viabilização do evento em Estado que mantém ordenamento jusdesportivo e trata do desporto em nível constitucional; sem esta pactuação legal prévia é que o evento poderia restar inviabilizado. Ora, se todas as agremiações nacionais participantes devem ser credenciadas pela Fifa, não bastaria simples aplicações dos Regamentos-Fifa aos quais já se encontram submetidas? Não deveria bastar o Regulamento Fifa para as Copas do Mundo e das Confederações? A elaboração da Lei Geral da Copa responde negativamente a estes questionamentos.

Gustavo Lopes Pires de Souza aponta a semelhança entre o aludido instrumento normativo e um contrato:

“Para tanto e a fim de proteger a qualidade do evento e seus patrocinadores, a Fifa realiza uma série de exigências. Aliás, ao se candidatar, o país já sabe o que deverá fazer para receber o evento. Estas exigências foram legitimadas por meio da

23. BRASIL. Idem.

Lei Geral da Copa. A referida lei logo no início demonstra uma estrutura semelhante a um contrato, eis que se tem de um lado a Fifa, dona do evento, e do outro o Brasil, querendo organizá-lo. Ao ser sancionada, a presidente Dilma Roussef vetou alguns pontos: (...) *Vale lembrar que os vetos podem ocorrer por inconstitucionalidade ou interesse público*. Além disso, muitos foram os pontos polêmicos, com destaque especial para a venda de bebidas alcoólicas em estádios de futebol e proteção às marcas da Fifa e de seus parceiros”²⁴ (destacou-se).

A Lei Geral da Copa é instrumento normativo complementar da competição esportiva intitulada Copa do Mundo de Futebol e a realização de algo semelhante pela Conmebol não inviabilizaria o torneio “Taça Libertadores da América”, ao contrário, afastaria a possibilidade de ocorrências nos moldes desta relatada linhas atrás, envolvendo as agremiações brasileira e boliviana.

O respeito às normas do país ou dos países sede de competição desportiva internacional não há de se configurar entrave à realização do evento, muito ao contrário, traduz-se no reconhecimento da soberania dos Estados de Direito e do próprio Direito Desportivo enquanto ramo autônomo da Ciência Jurídica.

Leciona Gustavo Lopes Pires de Souza:

“Importante ressaltar que, embora a Copa Sul-Americana, seja organizada pela Confederação Sul-Americana de Futebol, ela está sujeita à lei nacional, pois, quando uma entidade, com personalidade jurídica estrangeira, organiza competição com a participação de agremiações nacionais e com jogos disputados no território nacional, é obrigatória a observância da lei brasileira, sob pena de nulidade, conforme estabelece a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.”²⁵

No torneio intitulado Taça Libertadores da América, as partidas ocorrem em diversas sedes localizadas pelos vários países participantes do continente Sul-Americano, e a desconsideração de direitos humanos fundamentais quando da elaboração do Regulamento desta Competição, propicia a ocorrência de despautérios como o ocorrido no caso citado acima.

No Brasil, o direito de apreciação do desporto é constitucional, devidamente regulamentado pelo Estatuto do Consumidor-Torcedor e decorre do direito humano de livre acesso à vida cultural, portanto, permitir que uma punição prevista em Regulamento de Competição, viole um direito constitucional fundamental, constitui absurdo inaceitável. E nem se diga que a Lei Geral sobre Desportos vigente no Brasil preceitua a aplicação das normas internacionais atinentes às modalidades

24. SOUZA, Gustavo Lopes Pires de. *Copa do Mundo: evolução, lei geral, polêmica e legado*. Disponível em: [<http://universidadedofutebol.com.br/coluna/11915/buscar>]. Acesso em: 06.01.2014.

25. SOUZA, Gustavo Lopes Pires de. *Estatuto do Torcedor...* cit., p. 80.

esportivas, porque no caso da proibição de ingresso da torcida nos estádios, a penalidade ultrapassa a esfera meramente disciplinar-desportiva para alcançar um direito humano, conforme exposto. Já se tratou linhas atrás acerca da diferença que há de se estabelecer entre regras desportivas e o Direito Desportivo e que o Brasil adotou o sistema misto de gestão desportiva.

Por esta razão, tratou-se, neste mesmo estudo que, em sendo a punição à agremiação, para expulsá-la do certame, em razão do comportamento de sua torcida, muito embora esteja esta pesquisa alinhada à inexistência denexo de causalidade e ou liame fático ou jurídico entre clube e torcida a justificar a punição de um pelos atos do outro, poder-se-ia falar em punição meramente desportiva, posto que, os critérios e regras para classificação e desclassificação das equipes devem sim constar do Regulamento e não há de se falar em ingerência estatal neste sentido.

O que não se pode conceber é a ocorrência do espetáculo, em solo brasileiro, onde toda a sociedade é, por lei, reconhecida como apreciadora do esporte, em decorrência da elevação do desporto ao patamar constitucional e na qualidade de direito social, e esta ser impedida de ingressar ao estádio para assistir ao evento. Neste ponto, a decisão da Justiça Pública brasileira, em comento, ateu-se aos torcedores que haviam adquirido ingresso para a partida, visão simplista, *error in iudicando*, uma vez que, havendo lei específica, Estatuto do Torcedor, não se justificou a utilização da lei geral para as relações de consumo, Código de Defesa do Consumidor; no Brasil, é cediço, presume-se a condição de torcedor a todo o povo brasileiro, conforme disposto na Lei 10.671/2003 e não somente a quem tenha adquirido ingressos para esta ou aquela partida. Ainda assim, a referida decisão merece destaque pelo seu ineditismo e bravura, visto que culminou na determinação de portões fechados aos torcedores brasileiros do Sport Clube Corinthians Paulista, apenas em terras estrangeiras, enquanto durasse a participação do Clube na competição.

Ainda que por via oblíqua, restou reconhecido que, em solo brasileiro, ao menos, não há o mínimo amparo legal para a referida punição.

Importante mencionar que não se pretende com este estudo advogar a tese da impunidade, tampouco ignorar que o combate à violência nos estádio é questão de segurança pública e que ao cumprimento desta missão deve estar engajada toda a sociedade e especialmente as instituições públicas e privadas. Forçoso admitir, no entanto, que o caminho para que este objetivo seja alcançado, não deve passar pelo massacre de um direito humano elevado ao patamar constitucional em 1988.

Conclui-se que regras desportivas e Direito Desportivo admitem e, porque não dizer, exigem convivência harmônica; havendo antinomias, estando qualquer norma desportiva em desarranjo com o Direito, há de prevalecer o respeito a este último, especialmente em sede de Direitos Humanos; e nem se diga que deste modo restariam inviabilizadas as competições internacionais, a realização do maior even-

to desportivo do mundo, a Copa do Mundo de Futebol, há quase um século, sem que se tenha notícia de vilipêndio a direitos fundamentais, em quaisquer partes do mundo onde foi realizada, é prova cabal do contrário.

No Brasil, os regulamentos de competição são instrumentos normativos legítimos ao estabelecimento da forma de disputa, modo de classificação, número de equipes participantes, critérios de acesso e descenso das agremiações, quando haja mais de uma divisão, por exemplo, e devem tanta obediência às normas internacionais da modalidade esportiva respectiva quanto às leis e especialmente à Constituição Federal brasileira, tendo em vista sua origem normativa ordinária e privada.

Enfim, a penalidade de portões fechados somente seria possível no Brasil se alterada a Constituição Federal, a fim de retirar o desporto do rol dos direitos sociais e, uma vez que o Texto Constitucional foi forjado debaixo do apelo mundial pelo respeito aos Direitos Humanos, ousa-se afirmar que, a referida penalidade somente teria cabimento se houvesse odioso retrocesso evolutivo da própria humanidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reconhecida como direito humano, a livre participação na vida cultural da comunidade e, sendo incontestável que a modalidade desportiva futebol traduz-se em lídima expressão cultural do povo brasileiro, responsável pela elevação do desporto ao patamar constitucional, como um direito social, compulsória a compreensão do descabimento de qualquer limitação ou extinção da garantia de livre apreciação deste esporte, em solo pátrio, sem afronta à Constituição Federal.

Regulamento de Competição, dada sua natureza jurídica normativa ordinária e privada, não é meio legítimo para restringir, extinguir ou excepcionar garantia constitucional, trazendo em seu bojo a proibição deliberada do ingresso de torcedores às arenas desportivas, impingindo às agremiações a pena de atuação com os portões dos estádios fechados.

As regras desportivas em sentido estrito e o Direito Desportivo enquanto ramo autônomo da Ciência Jurídica, demandam convivência harmônica; havendo antinomias, ao menos no que diz respeito aos direitos fundamentais, hão de prevalecer estes últimos, sob pena de retrocesso evolutivo da humanidade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Cristiano Crus. As regras internacionais, o desporto e a soberania nacional. In: Instituto de Direito Desportivo da Bahia (IDDBA); Instituto Mineiro de Direito Desportivo (IMDD) Orgs. *Direito desportivo e esporte – temas selecionados*. Salvador: òminira, 2012. vol. 3.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

- _____. _____. 35. ed. São Paulo: AASP, 2008.
- _____. *Lei 9.615 de 24 de março de 1998*. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências.
- _____. *Lei 10.671 de 15 de maio de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências.
- _____. *Lei 12.663, de 5 de Junho de 2012*. Dispõe sobre as medidas relativas à Copa das Confederações FIFA 2013, à Copa do Mundo FIFA 2014 e à Jornada Mundial da Juventude – 2013, que serão realizadas no Brasil; altera as Leis 6.815, de 19.08.1980, e 10.671, de 15.05.2003; e estabelece concessão de prêmio e de auxílio especial mensal aos jogadores das seleções campeãs do mundo em 1958, 1962 e 1970.
- _____. FRANCESCHINI, Gustavo; MONTES, Luiz Paulo. *São Paulo – Uol Esportes*. Disponível em: [<http://esporte.uol.com.br/futebol/campeonatos/libertadores/ultimas-noticias/2013/02/27/quatro-torcedores-contrariam-corinthians-e-decidem-entrar-no-pacembu.htm>]. Acesso em: 29.07.2013.
- _____. LANCENET. SIQUEIRA, Igor. *STJD pede à CBF a inclusão da pena de portões fechados no regulamento*. Disponível em: [www.lancenet.com.br/minuto/STJD-CBF-inclusao-fechados-regulamento_0_1020498143.html#ixzz2moGlhs99]. Acesso em: 04.01.2014.
- _____. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. 7.^a Vara Cível do Foro Central. Processo 1006563-33.2013.8.26.0100. Autor: Gerson Mendonça Neto e outros. Requerido: Conmebol – Confederação Sulamericana de Futebol. Juiz de Direito: Antônio Carlos de Figueiredo Negreiros. Data da decisão: 27.02.2013.
- EL SALVADOR. *Protocolo de San Salvador – 17 de novembro de 1998*. Protocolo Adicional à Convenção Interamericana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: [www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/pesquisa/convencoes/protocolo_sansalvador.pdf]. Acesso em: 05.01.2014.
- FIFA. *Fédération Internationale de Football Association*. FIFA Disciplinary Code. 2011 Edition. Disponível em: [<http://pt.fifa.com/aboutfifa/organisation/footballgovernance/disciplinarycode.html>]. Acesso em 04.01.2014.
- JORDÃO, Milton. SOUZA, Gustavo Lopes Pires de. *Comentários ao Estatuto do Torcedor (Lei 10.671/2003)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm]. Acesso em: 05.01.2014.
- PARAGUAY. *Confederación Sudamericana de Fútbol*. Unidad Disciplinaria – Tribunal de Disciplina – Caso 0/7/2013. Aclaración de La ejecución de las medidas cautelares adoptadas. 27 de febrero de 2013.
- SOUZA, Gustavo Lopes Pires de. *Copa do Mundo: evolução, lei geral, polêmica e legado*. Disponível em: [<http://universidadedofutebol.com.br/coluna/11915/buscar>]. Acesso em: 06.01.2014.

_____. *Estatuto do Torcedor: a evolução dos direitos do consumidor do esporte (Lei 10.671/2003)*. Belo Horizonte: Alfstudio Produções, 2009.

_____. *O caso Portuguesa e o Direito Desportivo*. Disponível em: [www.universidadedofutebol.com.br/Coluna/12382/O-caso-Portuguesa-e-o-Direito-Desportivo]. Acesso em: 04.01.2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A imbricação entre justiça desportiva e justiça estatal – o caso da associação portuguesa de desportos no campeonato brasileiro de futebol de 2013: contribuição para o deslinde técnico-jurídico da controvérsia, de Rodolfo de Camargo Mancuso – *RT* 944/39 (DTR\2014\2126); e
- Lei Geral da Copa e o direito do torcedor consumidor: violação aos ditames constitucionais e legais, de Joseane Suzart Lopes da Silva – *RDC* 85/115 (DTR\2013\481).

ENTIDADES DE PRÁTICA DESPORTIVA PROFISSIONAIS: TRANSIÇÃO DO MODELO ASSOCIATIVO AO SOCIETÁRIO

MARCO XAVIER COELHO

Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Especialista em Direito Desportivo pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Especialista em Direito Público/Gestão Municipal pelo Unec – Centro Universitário de Caratinga. Especialista em Docência do Ensino Superior pela FIC – Faculdades Integradas de Caratinga. Professor no Curso de Direito da FIC – Faculdades Integradas de Caratinga. Advogado.

CLÁUDIO FERNANDES MARQUES SANTOS

Graduando em Direito pela FIC – Faculdades Integradas de Caratinga.

ÁREA DO DIREITO: Desportivo; Societário; Civil

RESUMO: Analisa-se as entidades de prática desportiva profissionais brasileiras e seu tradicional modelo associativo frente à possibilidade de sua transição para um modelo societário. Pesquisa-se o ordenamento jurídico brasileiro nos aspectos civil e empresarial quanto à constituição e a transformação de pessoas jurídicas de natureza associativa e societária. Conclui-se pela ausência de normas de transição que permitam a passagem de um modelo ao outro. Apresenta-se proposta legislativa a fim de dotar o ordenamento jurídico de regulamentação quanto a este aspecto.

PALAVRAS-CHAVE: Associação desportiva – Sociedade empresária desportiva – Transformação.

ABSTRACT: It analyzes the practice of sports entities Brazilian professionals and their traditional partnership model facing the possibility of a transition to a corporate model. Find the Brazilian legal system in civil and business aspects regarding the formation and transformation of corporations and corporate associative nature. We conclude that the absence of transitional rules that allow the passage of a model to the other. We present legislative proposal to provide the legal framework of regulations in this regard.

KEYWORDS: Sports association – Sports business society – Transformation.

SUMÁRIO: 1. O desporto como fenômeno cultural, econômico e jurídico – 2. As bases do direito desportivo – 3. Os atores desportivos – 4. As entidades de prática desportiva profissionais brasileiras e seu tradicional modelo associativo frente à necessidade de adaptação a um modelo empresarial – 5. A experiência portuguesa e espanhola com a imposição dos modelos da Sociedade Anônima Desportiva (SAD) e Sociedade Desportiva Unipessoal por Quotas (SDUQ, Lda) – 6. Mutações ou transição da personalidade jurídica pela "transformação": As limitações legais do ordenamento jurídico brasileiro quanto à transição do modelo associativo ao societário – 7. *Lege ferenda* – 8. Considerações finais – 9. Referências bibliográficas.

1. O DESPORTO COMO FENÔMENO CULTURAL, ECONÔMICO E JURÍDICO

Consoante Lyra Filho (1974, p. 15) a prática desportiva é uma atividade lúdica, ou seja, tem por objetivo produzir prazer quando de sua execução divertindo o praticante, além de constituir-se em uma forma de entretenimento.

O esporte também é considerado como uma forma de desenvolvimento intelectual, além de modernamente, como advertiu Castro (2012, p. 16), ser em sentido econômico efetivamente um negócio.

Essas atividades lúdicas se difundiram pelo mundo afora como um dos maiores fenômenos culturais e sociais diante do fato de ser uma forma que o homem encontrou para buscar, “de forma paliativa, a procura de satisfação, com as quais possa o ser humano e o grupo social a que pertence estabelecer o equilíbrio psicológico indispensável à continuidade da existência” (SILVA, 2006, p. 451).

Não é por acaso que o desporto é considerado esse gigantesco fenômeno cultural e social, mas sim pelo fato de que a prática do desporto tem uma íntima ligação com a educação, cultura, solidariedade humana e relações internacionais, além de fomentar de forma direta o desenvolvimento desses ramos de conhecimento e atividade humana.

O pré-desporto, considerando assim a fase anterior ao desporto moderno foi bem conceituado por Cateb (2004, p. 7), o qual afirmou que a atividade desportiva condiciona-se ao desenvolvimento cultural da sociedade e que “a vontade de jogar, considerando aí o jogo propriamente, é anterior ao surgimento da cultura”. Assim, pode-se afirmar que o jogo, como instrumento de promoção do bem-estar dos seres humanos e “meio de contrabalançar a luta pela vida, surgiu, inicialmente, sob a forma de jogos naturais (batalhas regadas a sangue e violência)”, nas palavras de Silva (2006, p. 452).

Com o desenvolvimento da sociedade, e, por corolário, da cultura dos povos, os jogos passaram a ser regulamentados e reconhecidos como esporte/desporto. Daí pode ser dito que o desporto, sob a forma em que é conhecido nos dias de hoje nada mais é do que uma consequência da evolução da sociedade e de sua cultura, fator que se verifica em âmbito global.

Tendo tamanha importância, as entidades estatais passam a se apropriar deste fenômeno desportivo. Verifica-se no Brasil, o início de uma era política, com caráter intervencionista, a partir do Dec.-lei 3.199, de 14.04.1941, cujo objetivo foi dispor sobre a organização do desporto em âmbito nacional. Sobre referida norma a doutrina tece o seguinte comentário:

“Era patente o sentido intervencionista do projeto, assim como os objetivos de verdadeira dominação, que viria, se aprovado fosse, a sufocar a iniciativa das entidades, fazendo regredir e enfraquecer o movimento natural do desporto” (SILVA, 2006, p. 464).

Com o Dec.-lei 3.199/1941, que criou a Comissão Nacional de Desportos, pretendeu-se orientar, difundir e dirigir a prática desportiva em âmbito nacional, surgindo, contudo, críticas pertinentes à exacerbada intervenção política no desporto, principalmente na autonomia das entidades. Neste aspecto, veja-se:

“O funcionamento das atividades desportivas é independente de intervenção do poder público, salvo quando se degenera em prática ilegal, em desacordo com os princípios de organização nacional do desporto, cujas bases a legislação instituiu. Por isso, facultou-se ao poder público fiscalizá-lo” (LYRA FILHO, 1974, p. 205-206).

Contudo, após quase meio século de intervenção política do Estado Brasileiro no desporto, este alcançou a sua autonomia constitucional, pelo que foi inserido na Constituição Cidadã (art. 217) com tratamento específico. Assim, o desporto finalmente alcança a tão sonhada autonomia, princípio que como adverte Silva (2006, p. 452) é inerente à sua independência organizacional, e não vinculatória a ideologias, crenças e atividades políticas. Como ressalta o autor:

“Assim, a Constituição de 1988 foi um grito de liberdade para o desporto, sendo que qualquer clube ou entidade pode elaborar como bem entender seus estatutos e seus regulamentos “sem sentir a sombra do braço de ferro do CND” (SILVA, 2006, p. 480).

O desporto, além de fenômeno cultural e social, é também um fenômeno econômico. As atividades esportivas são praticadas desde os primórdios da humanidade, tendo-se notícias de que os maias e os egípcios já as praticavam. Porém, a prática do esporte na antiguidade era voltada para as competições em que não se visavam lucros e os seus praticantes e organizadores assim faziam para o seu próprio deleite (traz-se a baila a ideia lúdica do desporto).

Com a evolução da cultura social e das tecnologias desenvolvidas pelo homem no último século, como o rádio, a televisão e Internet, constata-se de igual forma um aumento da publicidade.

“E, como corolário dessa atenção exacerbada, o desporto começou a atrair e mover multidões. Com essa atenção voltada para o esporte, este começou a se estruturar e tomar a forma conhecida nos dias de hoje. Quase todo ser humano, em alguma fase de sua vida, ocupou-se da prática de alguma modalidade desportiva” (CATEB, 2004, p. 8).

Em razão da evolução do desporto e o próprio desenvolvimento dos povos o esporte passou a se profissionalizar sendo que as mídias (rádio, televisão, e, posteriormente, a Internet) e as empresas de bebidas, calçados, comida, refrigerante, cervejas etc., começaram a explorar a divulgação das práticas desportivas. Com tais explorações e percebendo as quantias vultosas de dinheiro que o desporto movimenta os administradores, dirigentes e os atletas dos clubes mudaram os seus objetivos e motivações para estarem a frente de um clube e defendê-lo. Deixaram de lado as motivações sem cunho financeiro e voltadas somente para benefício e desenvolvimento de uma organização de atividade desportiva, dando lugar às

motivações pessoais, sobretudo as motivações financeiras. Neste ponto da evolução do homem e das práticas esportivas é que o desporto passa a ser caracterizado também como um fenômeno econômico de grande relevância para a sociedade.

Com a disseminação da prática desportiva e a sua crescente profissionalização, as atividades desportivas deixaram de se limitar a prática de jogos e passaram a ser verdadeiras competições. Os confrontos outrora de povos contra povos, cidades contra cidades se tornaram competições entre grupamentos contra grupamentos, surgindo, então, as associações.

Essas associações foram reunindo praticantes de uma determinada modalidade de esporte e começaram a se enfrentar com frequência e aos poucos tomando forma e se organizando. Da referida organização, surgiu a necessidade de se criar cargos de direção, divisões de competência e distribuição de funções. Somando-se a tudo isso, a mídia passou a explorar a divulgação das práticas esportivas e mobilizar as massas, que viam no desporto uma forma agradável e prazerosa de distração. As mobilizações das massas, por sua vez, unida a modificação de comportamento social, transformou a exploração da atividade desportiva uma atividade econômica altamente rentável.

Percebendo a viabilidade e a rentabilidade da exploração das atividades desportivas, os dirigentes, que anteriormente dirigiam as associações por amor, desvinculados de qualquer obrigação que não fosse para beneficiar o esporte e contribuir para o desenvolvimento de uma organização de atividade desportiva, se divorciaram das motivações que anteriormente os ligavam às associações. Começaram a assumir o cargo de dirigentes desportivos pessoas preocupadas somente com suas realizações pessoais, e, sobretudo, com sua independência econômica. Tornando, portanto, a atividade desportiva, um dos negócios mais promissores e rentáveis do mundo, movimentando grandes fortunas.

Considerando, então, o desporto como um fenômeno cultura e social de grandes proporções, que evoluiu ao longo do desenvolvimento da sociedade, e foi se organizando e criando grandes estruturas a ponto de se tornar também um fenômeno econômico, o direito, como ciência que é, passa também a regular o desporto. Assim, como o desporto é uma atividade de grande relevância e enorme repercussão, tornou-se necessária a intervenção do direito, que é o responsável direto por regular as relações humanas em sociedade, para regulamentar as práticas desportivas e todas as demais atividades ligadas ao desporto. Com efeito, o desporto torna-se, também, um fenômeno jurídico.

2. AS BASES DO DIREITO DESPORTIVO

O desporto, que a nível mundial constitui-se um fenômeno cultural e social, possui uma característica peculiar ao esporte moderno: a autonomia. Autonomia essa que faz com que o desporto, mesmo após o seu reconhecimento internacional, onde o mesmo deixa de ser, nas palavras de Silva (2006, p. 451), “um grande jogo” e passa a ter o “status” de esporte, não renuncie a sua fisionomia de independência

das crenças, das ideologias e das atividades políticas, mantendo-se “totalmente impermeável ao direito do Estado” (SILVA, 2006, p. 452).

Porém, malgrado o desporto possua esse caráter autônomo, o mesmo é dotado de diversos mecanismos de normatização e regulamentação que lhe garante, em todos os seus níveis e modalidades, a uniformidade e harmonia de atuação.

Assim, diante da inafastável autonomia do desporto, que por sua natureza ignora as fronteiras, tornou-se necessário a criação de regulamentações, que se dão tanto através de regras nacionais, quanto de regras internacionais, reconhecimento do próprio ordenamento interno (art. 1.º, § 1.º, da Lei 9.615/1998).

No que concerne às regulamentações internacionais, *ab initio*, insta consignar que elas não se referem à independência dos Estados, tampouco a soberania deles, haja vista que são aplicadas somente nas relações entre nações e não entre entes privados de diversos países.

Assim, quanto às regras internacionais, constata-se que o desporto é uma realidade jurídica relevante ao Direito Internacional, haja vista que transcende às fronteiras estatais, e, por corolário, consolida uma concreta organização desportiva internacional. Justamente por transcender as fronteiras dos respectivos países e fazer parte de uma normatização uniformizada, as normas desportivas são consideradas supranacionais.

E, por outro lado, temos as mais variadas modalidades de desporto ou grupos de modalidades reunidas e que se organizam da seguinte forma: mundial, continental ou regionalmente, em entidades de direção internacional que congregam entidades de direção nacional dos desportos de vários países. A título de exemplo elucidativo, podemos citar a Fifa (*Fédération Internationale de Football Association*) que congrega 208 membros, membros esses divididos em entidades de âmbito continental (Conmenbol, para a América do Sul, por exemplo), entidades essas, que por sua vez, são formadas pela união de Confederações de diversos países (entidades Federais de administração do desporto), que por seu turno são formadas por união de Federações (entidades estaduais de administração do desporto), que são formadas pelas Ligas Desportivas (entidade municipal de administração do desporto).

Contudo, o desporto não é regulamentado somente pelas normas supranacionais, ele também encontra previsão expressa em uma Seção no Capítulo III da Constituição da República Federativa do Brasil, que o eleva, assim, a atividade de relevância constitucional. E não seria para menos, posto que, como dito alhures, o desporto é um fenômeno cultural, social, econômico e jurídico de extrema relevância em nossa sociedade. E, assim considerado, o desporto foi alçado à mesma importância dos direitos sociais presentes no art. 6.º da CF¹

1. Neste sentido, é interessante a leitura de Miranda (2011, p. 27) para quem: “por conseguinte, os direitos econômico-sociais e culturais, dentre os quais o direito ao desporto, ampliam a equiparação meramente formal, convertendo-a em igualdade material, ou seja, em

Referida previsão constitucional está inserida no art. 217, que traça os deveres do Estado para com o desporto, entre eles o dever do Estado fomentar as práticas desportivas formais e informais, visando universalizá-las, para que deixem de ser apenas exercida por uma pequena e privilegiada parcela da população, bem como a autonomia, que deve nortear toda a produção normativa desportiva no país, a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional, o tratamento diferenciado entre o desporto profissional e o não profissional, e, por fim, mas não menos importante, a proteção e o incentivo às manifestações e criações desportivas de caráter nacional.

Há também outros dispositivos que se referem ao desporto por toda a Constituição da República, como por exemplo, o art. 24, IX, § 1.º, que dispõe que na concorrência legislativa entre a União, Estados e Distrito Federal, em matéria desportiva, estes entes deverão se limitar à elaboração de normas gerais.

Desta feita, tal limitação ao poder legislativo tem o condão de limitar a intervenção do Estado, bem como coibir as tentativas de controle deste sobre a atividade desportiva, que no passado, não muito distante, pesava e engessava o desenvolvimento do desporto, pois havia amarras entre o esporte e o Estado, que obstavam a tão cara liberdade e autonomia conquistada com a Constituição Cidadã.

Assim, considerando a relevância do desporto na vida social, o direito, ao desenvolver sua atividade precípua – que é regulamentar as relações do homem na sociedade – cria também diversos princípios que servirão de bases para a criação das normas, bem como para a interpretação das que vierem a existir.

Princípio nada mais é que “proposição elementar fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimentos” (HOUAISS, 2001, p. 2.299). Neste diapasão, princípios se traduzem em proposições que se formam na consciência das pessoas a partir de certa realidade, e, depois de formadas, as direcionam a compreensão ou reprodução dessa realidade.

Outrossim, o direito desportivo encontra-se repleto de princípios que o instrui e norteia, sendo, por certo, de bom alvitre citar alguns de grande relevância, como o princípio da soberania que é caracterizado pela supremacia nacional na organização desportiva; autonomia, insculpido no art. 217, I, do texto constitucional, que é definido pela liberdade que as pessoas têm para se organizarem para a prática desportiva; democratização, que garante a todos o acesso às atividades desportivas sem nenhuma forma de distinção ou discriminação; educação, voltado para o desenvolvimento do homem como participante por meio de prioridade de recursos públicos ao desporto nacional.

prerrogativas que concretizem o ideário de propiciar iguais oportunidades e condições de existência digna para todos”.

Os princípios são de suma importância para o direito, pois a abstração que emana deles nos permite que os utilizemos em diversas situações e de acordo com a necessidade do caso concreto. E no direito desportivo não seria diferente, mormente porque as atividades desportivas se manifestam no seio da sociedade de diversas formas, como o desporto profissional em que os atletas desenvolvem suas atividades segundo as normas gerais da Lei 9.615/1998, mas como trabalho/profissão/emprego e daí retiram seus rendimentos.

Destaca-se ainda a forma de desporto educacional que é praticado nas escolas e universidades, que, conforme dispõe o art. 3.º, I, da Lei 9.615/1998 tem “a finalidade de alcançar o desenvolvimento integral do indivíduo e a sua formação para o exercício da cidadania e a prática do lazer”.

Outra forma de manifestação é o desporto de participação, que nada mais é do que aquele praticado de modo voluntário com a finalidade de contribuir para a integração dos participantes na plenitude da vida social.

Com efeito, diante dessas diversas formas de manifestação do desporto, é de extrema necessidade que o direito, por vezes, se apoie em princípios para ajustar as regras ao caso concreto, e muitos desses princípios são manifestações do direito consuetudinário, e não daquele produzido pelo Estado.

3. OS ATORES DESPORTIVOS

Brilhante é a exposição de Miranda (2011, p. 31-34) sobre a história de formação do movimento desportivo organizado, ressaltando a inspiração da classe elitista e aristocrata inglesa no pensamento renascentista, pelo que detinham tempo livre para dedicação à atividade desportiva.

Ressalta o florescimento de diversas agremiações desportivas que se espalharam para diversos outros países, inclusive no seio de instituições de ensino, também responsáveis pela formação das regras de prática desportiva. O desporto surgiu e cresceu à margem do direito estatal, com base no associativismo privado, pelo que sua organização dá lugar à constituição de um sistema integrativo entre as associações nacionais dirigidas por uma entidade de caráter internacional.

A Lei Pelé dispõe sobre o sistema nacional do desporto, descrevendo que este sistema congrega as pessoas físicas e jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos, encarregadas da coordenação, administração, normatização, apoio e prática do desporto, bem como as incumbidas da Justiça Desportiva (art. 13, parágrafo único, da Lei 9.615/1998), destacando especialmente a existência do Comitê Olímpico Brasileiro – COB, Comitê Paraolímpico Brasileiro, as entidades nacionais de administração do desporto, as entidades regionais de administração do desporto, as ligas regionais e nacionais, as entidades de prática desportiva filiadas ou não às anteriores e a Confederação Brasileira de Clubes (entidade incluída a partir da Lei 12.395/2011).

Esse sistema integra não só pessoas jurídicas, mas também pessoas físicas. Aliás, permite a vinculação direta de atletas às entidades de administração do desporto nos termos do art. 16, § 3.º, da Lei 9.615/1998.

A atividade desportiva profissional é atividade econômica, necessário saber quem é o agente desta atividade, ou seja, qual dos acima enumerados pode ser colocado em espelhamento ao empresário, aquele que para a ciência econômica é o organizador dos fatores de produção, como o trabalho, o capital, os insumos, ou seja, é o responsável por criar a empresa, o negócio.

O valor do empresário está na criação de novos produtos e serviços, postos à disposição da economia do país, e não só pela criação de bens e sua circulação, mas a própria forma de organizar a atividade, por sua estrutura jurídica ou atuação econômica, muito embora pretendam alguns economistas, entre eles Gastaldi (2005, p. 158) e Galves (1996, p. 121) considerar o empresário como fator produtivo ao contrário da ciência jurídica que o vê como sujeito das relações em que atua.

A melhor adequação parece ser a da entidade de prática desportiva, a que se concebe como “Clube”. Posiciona-se assim porquanto é este, tradicionalmente, o organizador dos fatores de produção, como núcleo de toda prática desportiva nacional e a se relacionar com o especialíssimo mercado desportivo.

4. AS ENTIDADES DE PRÁTICA DESPORTIVA PROFISSIONAIS BRASILEIRAS E SEU TRADICIONAL MODELO ASSOCIATIVO FRENTE À NECESSIDADE DE ADAPTAÇÃO A UM MODELO EMPRESARIAL

É sabido que os clubes de futebol no Brasil todos se originaram sob a forma de associações, mas que modernamente, alguns têm se formado ou transformado em sociedades. As associações, assim como as sociedades, são pessoas jurídicas de direito privado (CC/2002, art. 44, I e II), mas diferenciam-se essencialmente. As primeiras constituem-se como uma reunião de pessoas para a prática de fim não econômico (CC/2002, art. 53). Por outro lado, as sociedades são constituídas para atingirem este fim, e tal alcançado, ao contrário das associações, distribui os dividendos entre os sócios, o que também ocorre no caso de dissolução.

As associações se diferem das sociedades. Ambas são formadas pela associação de pessoas, mas a finalidade de instituição de ambas é diferente. Na associação não há capital social, apenas patrimônio, e todo o superávit havido não é distribuído entre os associados, mas reinvestido nas finalidades da entidade, o que não ocorre com a sociedade onde a perseguição do lucro e a sua distribuição constituem fator determinante.

Dentro da concepção de sociedades, formam-se sociedades empresárias e não empresárias, estas, conceituadas como simples, figuras totalmente distintas das associações. Assim, por extensão de preceito, pode-se dizer que será sociedade empresária aquela que à semelhança do art. 966, *caput*, do CC/2002, se dedique, sob

a forma societária regulada por um dos tipos próprios (CC/2002, arts. 1.039 a 1.092),² a exercer profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, em que os sócios se comprometem a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados, enquanto que serão sociedades não empresárias, pelo Código denominadas de sociedades simples, todas as demais.³

Desta forma, a sociedade simples é formada entre sócios com bens ou serviços, para o desempenho de atividade econômica e a partilha de resultados, porém, tendo por escopo, a prática de atividades mensuradas no art. 966, parágrafo único, do CC. Não se deve confundir a sociedade simples com as associações, embora ambas sejam registradas junto ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas (CC, art. 45 e art. 985), mas uma é sociedade, a outra não.

Mais uma vez há de se ressaltar a lucidez de Azambuja (2000, p. 37) ao ensinar que as associações desportivas profissionais “deve-se considera-la, pois, uma sociedade comercial de fato, embora conserve, perplexamente, o caráter civil de sua definição original e, como apêndice – apenas isso – a arrecadação contributiva dos sócios, à guisa de fonte ordinária de renda”.

Embora o Código Civil brasileiro (CC, art. 966) não tenha realizado o conceito de empresa, definiu o empresário como aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, mas excluindo quem exerça profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

De acordo com Madureira (2010, p. 11-13), pode-se distinguir a associação da sociedade em função de sete pontos, que o mesmo destaca e explica como:

“1. A sociedade tem como objetivo a obtenção de lucros. A motivação capaz de unir seus membros é a expectativa de lucros futuros. Constituem um meio de vida; cada membro se torna um dependente dela. Sua estrutura e sua filosofia de trabalho se constituem em função de seu objetivo: o objetivo econômico. A associação não tem intento lucrativo, mas social, político, cultural, moral, beneficente e outros semelhantes. Não distribui lucros, uma vez que não os persegue.

2. Na sociedade, o dinheiro que os sócios lhe conferem forma o capital, considerado como fundo pertencente aos sócios. O dinheiro que o sócio aporta ao capital

2. Sociedade em Nome Coletivo; Sociedade em Comandita Simples; Sociedade Limitada; Sociedade Anônima; Sociedade em Comandita por Ações.

3. “Na verdade, o novo Código Civil brasileiro veio consagrar a teoria da empresa e resolver a dúvida que havia quanto à atividade de prestação de serviços. Assim, será empresarial, a sociedade que exercer de modo organizado e profissional, atividade de produção ou circulação de bens ou serviços, e simples todas as demais” (NEVES, 2004, p. 186-187).

da sociedade é um investimento, ou seja, a aplicação de um dinheiro na sociedade, para depois auferir lucros, podendo retirá-lo, se não lhe for mais conveniente. Na associação, o dinheiro que o associado lhe aporta é o pagamento do preço dos serviços que a associação lhe presta. Não é investimento, mas um pagamento. Desde o momento em que o dinheiro saiu da mão do associado deixou de ser patrimônio seu, entrando para o patrimônio da sociedade.

3. A sociedade presta serviços a terceiros, serviços esses remunerados por pessoas externas. É o caso de uma montadora de automóveis. O que faz ela? Produz automóveis e os coloca à disposição do mercado consumidor. Vive em função da venda de seus produtos a seus fregueses. A associação presta serviços aos seus associados e só a eles. Não pode receber pagamento externo pelos seus serviços, vale dizer, não pode prestar serviços a terceiros. Digamos por exemplo que os alunos de uma escola constituem uma associação para a promoção de bailes. Ela organiza bailes para eles, só para eles. A taxa que eles lhe pagam, destina-se a cobrir as despesas com os bailes e outras atividades.

4. A sociedade se constitui de três maneiras: por um contrato, por assembleia geral ou por lei. Há, portanto, sociedades contratuais, estatutárias e legais. O contrato é um acordo entre duas ou mais partes para regulamentar entre elas uma relação jurídica de natureza patrimonial. A associação se forma por uma reunião de pessoas interessadas que estabelecem um 'pacto social'. Nesse aspecto, a associação tem alguma similaridade com a S/A: são entidades estatutárias. A estrutura e os itens de sua organização ficam ditados por um estatuto, aprovado pela assembleia geral dos associados.

5. Na extinção da sociedade, o patrimônio dela é destinado aos sócios. Estes receberão de volta o valor do patrimônio da sociedade extinta, na proporção do capital que eles atribuíram ao patrimônio da sociedade. São os sócios os donos da sociedade e, portanto, têm o direito de propriedade (*jus utendi, fruendi et abutendi*) sobre ela e o patrimônio dela. Se a associação extinguir-se, seu patrimônio nem poderá ser distribuído aos associados, pois não lhes pertencem. O estatuto estabelecerá quem será o destinatário do patrimônio da associação. Normalmente será o Governo.

6. A sociedade desenvolve atividades empresariais. Produz e vende mercadorias e serviços. Exerce a empresa trabalhando profissionalmente para suprir as necessidades do mercado consumidor. A associação só presta serviços e a um público interno, aos seus associados. Sua clientela é fixa e restrita. Suas atividades são de regra sociais, culturais, esportivas, políticas, beneficentes, sindicais, corporativas.

7. O componente da sociedade chama-se sócio e tem um perfil próprio. Normalmente é de número restrito; é muito comum sociedade de apenas dois sócios, às vezes, marido e mulher. Poucas são as sociedades de muitos sócios, nesse caso, só as sociedades por ações”.

Por outro lado, a Lei 9.615/1998 dispõe que a exploração e a gestão da atividade desportiva é atividade econômica (art. 2.º, parágrafo único) e que as entidades

de prática desportiva são pessoas jurídicas de direito privado, com organização e funcionamento autônomo cujas competências são definidas em seus estatutos (art. 16), além da possibilidade de se constituírem regularmente como sociedade empresária, segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092 do CC.

Quanto à forma organizativa das entidades de prática desportiva, a legislação brasileira oscilou, sendo que primeiramente a Lei 8.672, de 06.07.1993, que instituiu normas gerais sobre desporto, conhecida como “Lei Zico” em homenagem ao ex-jogador, tendo em vista que à época de sua publicação o mesmo ocupava o relevante cargo de Secretário Nacional de Esportes, definiu que:

“Art. 11. É facultado às entidades de prática e às entidades federais de administração de modalidade profissional, manter a gestão de suas atividades sob a responsabilidade de sociedade com fins lucrativos, desde que adotada uma das seguintes formas:

I – transformar-se em sociedade comercial com finalidade desportiva;

II – constituir sociedade comercial com finalidade desportiva, controlando a maioria de seu capital com direito a voto;

III – contratar sociedade comercial para gerir suas atividades desportivas.

Parágrafo único. As entidades a que se refere este artigo não poderão utilizar seus bens patrimoniais, desportivos ou sociais para integralizar sua parcela de capital ou oferecê-los como garantia, salvo com a concordância da maioria absoluta na assembléia geral dos associados e na conformidade dos respectivos estatutos”.

Com o advento da Lei 9.615/1998 (Lei Pelé), que revogou a Lei 8.672/1993 para aperfeiçoá-la, trouxe entre outras inovações, a extinção do passe desportivo, e estipulou que:

“Art. 27. As atividades relacionadas a competições de atletas profissionais são privativas de:

I – sociedades civis de fins econômicos;

II – sociedades comerciais admitidas na legislação em vigor;

III – entidades de prática desportiva que constituírem sociedade comercial para administração das atividades de que trata este artigo.

Parágrafo único. As entidades de que tratam os incisos I, II e III que infringirem qualquer dispositivo desta Lei terão suas atividades suspensas, enquanto perdurar a violação”.

Percebe-se que enquanto a Lei Zico facultava às associações desportivas a converterem-se em sociedades de fins econômicos ou sociedades comerciais, a Lei Pelé impôs tal obrigatoriedade, inclusive sob ameaça de terem as atividades suspensas.

Obviamente que tal não ocorreu e a Lei 9.940, de 21.12.1999 (altera dispositivo da Lei 9.615, de 24.03.1998, que “institui normas gerais sobre desporto e dá outras

providências”),⁴ prorrogou por mais três anos o prazo para que as entidades pudessem se adaptar à imposição do então texto original do art. 27 da Lei 9.615/1998.

Através da Lei 9.981, de 14.07.2000, novamente o art. 27 da Lei Pelé (Lei 9.615/1998) sofre alteração, desta vez para posicionar-se em conformidade com a já revogada Lei Zico (Lei 8.672/1993) onde a transformação em sociedade empresarial era facultade e não obrigação. Prescreveu:

“Art. 27. É facultado à entidade de prática desportiva participante de competições profissionais:

I – transformar-se em sociedade civil de fins econômicos;

II – transformar-se em sociedade comercial;

III – constituir ou contratar sociedade comercial para administrar suas atividades profissionais.

§ 1.º (parágrafo único original) (*Revogado*).

§ 2.º A entidade a que se refere este artigo não poderá utilizar seus bens patrimoniais, desportivos ou sociais para integralizar sua parcela de capital ou oferecê-los como garantia, salvo com a concordância da maioria absoluta da assembléia-geral dos associados e na conformidade do respectivo estatuto.

§ 3.º Em qualquer das hipóteses previstas no caput deste artigo, a entidade de prática desportiva deverá manter a propriedade de, no mínimo, cinquenta e um por cento do capital com direito a voto e ter o efetivo poder de gestão da nova sociedade, sob pena de ficar impedida de participar de competições desportivas profissionais.

§ 4.º A entidade de prática desportiva somente poderá assinar contrato ou firmar compromisso por dirigente com mandato eletivo”.

Em nova alteração, surge a Lei 10.672, de 15.05.2003, por conversão da Med-Prov 79, de 27.11.2002, que não obrigou novamente as entidades de prática desportiva a converterem-se em empresas, porém aplicou-lhes a sanção de serem tidas por “sociedade em comum” nos termos do art. 986 do CC:

“Art. 27. As entidades de prática desportiva participantes de competições profissionais e as entidades de administração de desporto ou ligas em que se organizarem, independentemente da forma jurídica adotada, sujeitam os bens particulares de seus dirigentes ao disposto no art. 50 da Lei 10.406, de 10.01.2002, além das sanções e responsabilidades previstas no caput do art. 1.017 da Lei 10.406, de

4. “Art. 1.º O art. 94 da Lei 9.615, de 24 de março de 1998, passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 94. As entidades desportivas praticantes ou participantes de competições de atletas profissionais terão o prazo de três anos para se adaptar ao disposto no art. 27 desta Lei’ (NR)”.

10.01.2002, na hipótese de aplicarem créditos ou bens sociais da entidade desportiva em proveito próprio ou de terceiros.

(...)

§ 11. Apenas as entidades desportivas profissionais que se constituírem regularmente em sociedade empresária na forma do § 9.º não ficam sujeitas ao regime da sociedade em comum e, em especial, ao disposto no art. 990 da Lei 10.406, de 10.01.2002 – Código Civil”.

A sociedade em comum, nos termos do art. 986, é aquela que não possui personalidade jurídica, tendo em vista que seu ato constitutivo (contrato social) não foi inscrito no registro próprio, e conforme Gonçalves Neto (2008, p. 137) é a sociedade que não se aperfeiçoou segundo as regras que lhes são aplicáveis para sua regular constituição, ficando a meio caminho no cumprimento das formalidades legais (sem contrato escrito ou apenas sem registro desse contrato, por exemplo), não nasce a pessoa jurídica. Apesar disso, o Código Civil considera e reconhece que, mesmo aí, algo acabou sendo produzido (uma comunhão de interesses, um ente), contudo sem a estrutura e a autonomia de uma pessoa jurídica.

Tratou-se de mais uma norma que no dizer popular “não pegou”, pois, se por um lado não obrigava a transformação em sociedade empresária, por outro lado dizia que se não o fizesse, passaria a ser sociedade em comum, o que é absurdo.

Este descompasso legislativo para com a realidade fática social também refletiu num atropelamento do princípio da autonomia das entidades, numa clara intervenção estatal ao prescrito no art. 217 da CF. Deve haver, pois, uma intervenção estatal mínima, ou nas palavras de Schmitt (2007, p. 39) “não permite que se efetive uma interpretação destoada de sentido técnico-jurídico que pretenda afastar o reconhecimento de que o desporto é uma manifestação econômica de interesse público e, como tal, exige a atuação estatal pela denominada intervenção mínima”. No mesmo sentido, Krieger (2000, p. 18) aponta situações esquisitas como a dos atletas autônomos:

“Entendo que a redação do art. 27 fere a Constituição, pois há uma clara interferência estatal no funcionamento das associações desportivas quando a lei as obriga a assumir essa ou aquela formalidade comercial. Note-se que o art. 26 assegura que tanto os atletas quanto as entidades de prática ‘são livres para organizar a atividade profissional, qualquer que seja sua modalidade, respeitados os termos desta lei’. Que o desporto brasileiro necessita, urgentemente, profissionalizar sua administração, não está em causa. O que se contesta é a forma como se tenta impor essa profissionalização que, além do mais, nos termos em que está posta, tenderá à inocuidade, na medida em que uma sociedade civil de fim econômico, constituída com capital social de, digamos R\$1.000,00, cumpre a exigência da LGSD, mas não resolve a questão da gestão profissional.

Um outro aspecto que decorre da dicção do art. 27 é que atletas como o tenista Guga, o nadador Fernando Scherer, a jovem amazona Mariana Cassetari, para ficar apenas nesses exemplos, deverão, obrigatoriamente, optar por uma das formas societárias propostas nos incisos do referido artigo, a partir de março do ano 2000, ou não poderão mais competir (...).⁵

Por essas razões, o legislador andou bem ao editar novo diploma alterador da Lei 9.615/1998, desta vez para corrigir a distorção da imposição de adoção de forma jurídica, para simplesmente facultar, como era a essência da Lei Zico, sendo que a alteradora Lei 12.395, de 16.03.2011 estabeleceu nova redação à Lei Pelé, destacando-se do texto atual os seguintes dispositivos:

“Art. 27 As entidades de prática desportiva participantes de competições profissionais e as entidades de administração de desporto ou ligas em que se organizarem, independentemente da forma jurídica adotada, sujeitam os bens particulares de seus dirigentes ao disposto no art. 50 da Lei 10.406, de 10.01.2002, além das sanções e responsabilidades previstas no *caput* do art. 1.017 da Lei 10.406, de 10.01.2002, na hipótese de aplicarem créditos ou bens sociais da entidade desportiva em proveito próprio ou de terceiros.

(...)

§ 9.º É facultado às entidades desportivas profissionais constituírem-se regularmente em sociedade empresária, segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092 da Lei 10.406, de 10.01.2002 – Código Civil.⁵

(...)

§ 11 Os administradores de entidades desportivas profissionais respondem solidária e ilimitadamente pelos atos ilícitos praticados, de gestão temerária ou contrários ao previsto no contrato social ou estatuto, nos termos da Lei n. 10.406, de 10.01.2002 – Código Civil”.⁶

No Brasil, segundo Melo Filho (2002, p. 41):

“Se o legislador entende que o modelo associativo civil sem intuítos de lucro é indesejável e obstacula a gestão empresarial do futebol profissional, não é lícito *coagir*, inconstitucionalmente, os entes desportivos envolvidos a travestir-se como sociedades comerciais. Cabe-lhe, sim, criar instrumentos jurídicos e estímulos financeiros visando a induzir e conduzir as entidades desportivas a adotar, no uso de faculdade ou *opção* legal, a roupagem empresarial-lucrativa, não ocorrendo, nesta hipótese, qualquer mácula jurídica”.

5. Este dispositivo já havia sido incluído pela Lei 10.672/2003 e permaneceu sem alteração.

6. Este dispositivo, com a nova redação da Lei 12.395/2011, revogou a sanção de condição de sociedade em comum para as associações que não se convertessem em tipo societário empresarial.

A faculdade de adoção ao tipo jurídico parece ser a melhor opção legislativa, pois, há que se respeitar o princípio da autonomia da organização desportiva. Aliás, o processo de formação das entidades de prática desportiva é histórico e alterar, por imposição legal, outro tipo que não o desejado pelos próprios associados, é ferir de morte esta mesma autonomia.

5. A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA E ESPANHOLA COM A IMPOSIÇÃO DOS MODELOS DA SOCIEDADE ANÔNIMA DESPORTIVA (SAD) E SOCIEDADE DESPORTIVA UNIPESSOAL POR QUOTAS (SDUQ, LDA)

Modelo Português – Dec.-lei 10/2013, de 25 de janeiro

CARACTERÍSTICAS PARTICULARES DA SAD – SOCIEDADE ANÔNIMA DESPORTIVA PORTUGUESA	<p>Uso da fórmula sacramental na firma de SAD – Sociedade Anónima Desportiva (art. 6.º);</p> <p>Capital mínimo de € 1.000.000 para participação na 1.ª Liga de Futebol (art. 7.º, 1, a).</p> <p>Capital mínimo de € 200.000 para participação na 2.ª Liga de Futebol (art. 7.º, 1, b).</p> <p>Para outras competições profissionais, o capital mínimo é de € 250.000 (art. 7.º, 3);</p> <p>Capital mínimo de € 50.000 caso se constitua para participar de competições não profissionais (art. 8.º);</p> <p>As participações sociais dividem-se em ações sempre nominativas e são de:</p> <p>a) Categoria A, as que se destinam a ser subscritas pelo clube fundador;</p> <p>b) Categoria B, as restantes. (art. 10);</p> <p>As ações das sociedades anónimas desportivas não podem ser objeto de limitações à respetiva transmissibilidade (art. 14, 2);</p> <p>Há a possibilidade de aumento de capital, assegurando-se em conformidade com a sua constituição ou transformação, direito de preferência na aquisição das ações (art.17);</p> <p>Possibilidade de participação de entes públicos na SAD localizadas na sua jurisdição, limitado a 50% do capital da sociedade (art. 20).</p>	<p>DISPOSIÇÕES COMUNS AOS MODELOS SAD OU SDUQ:</p> <p>Poderá ocorrer a constituição ou transformação (art. 4.º);</p> <p>Aplicação subsidiária do direito que regula as sociedades anónimas e por quotas (art. 5.º);</p> <p>O acesso da 2.ª Liga para a 1.ª Liga obriga a ter o capital mínimo pertinente (art. 7.º, 2), bem como a ter o capital mínimo exigido para a competição profissional, no caso de praticar diversas modalidades (art. 7.º, 4);</p> <p>A realização, em dinheiro, de metade do capital social pode ser diferida, por um prazo máximo de dois anos (art. 9.º);</p> <p>A sociedade desportiva não pode participar no capital social de sociedade com idêntica natureza (art. 12);</p> <p>Os órgãos são fixados nos estatutos, sendo que os gestores, no mínimo de dois (para a SAD) ou um (para a SDUQ), com dedicação exclusiva, devem ser de conhecimento da entidade de organizadora do evento (art. 15).</p> <p>Há incompatibilidade para o exercício da função de administrador ou gerente:</p>
--	---	---

Modelo Português – Dec.-lei 10/2013, de 25 de janeiro	
CARACTERÍSTICAS PARTICULARES DA SDUQ, LDA – SOCIEDADE DESPORTIVA UNIPESSOAL POR QUOTAS PORTUGUESA	<p>Uso da fórmula sacramental na firma de SDUQ, Lda – Sociedade Desportiva Unipessoal por Quotas (art. 6.º);</p> <p>Capital mínimo de € 250.000 para participação na 1.ª Liga de Futebol (art. 7.º, 1, a).</p> <p>Capital mínimo de € 50.000 para participação na 2.ª Liga de Futebol (art. 7.º, 1, b).</p> <p>Para outras competições profissionais, o capital mínimo é de € 50.000 (art. 7.º, 3).</p> <p>Capital mínimo de € 5.000 caso se constitua para participar de competições não profissionais (art. 8.º);</p> <p>O capital da sociedade unipessoal por quotas deve ser representado por uma quota indivisível que pertence integralmente ao clube fundador (art. 11);</p> <p>Uma associação desportiva, qualquer que seja a sua natureza, pode ser titular de mais do que uma sociedade desportiva unipessoal por quotas, desde que respeitante a diferentes modalidades (art. 13);</p> <p>A quota única é intransmissível (art. 14, 1).</p> <p>a) Os titulares de órgãos sociais de federações ou associações desportivas de clubes da mesma modalidade;</p> <p>b) Os praticantes profissionais, os treinadores e árbitros, em exercício, da respectiva modalidade. (art. 16);</p> <p>Deve haver autorização especial para oneração ou alienação de bens (art. 18);</p> <p>Com exceção dos direitos à repartição e percepção de dividendos e à transmissão de posições sociais, há clara limitação ao exercício dos direitos sociais (art. 19).</p>
Modelo Espanhol – Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio	
PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA SOCIEDAD ANÓNIMA DEPORTIVA ESPANHOLA	<p>Restringe-se ao modelo de Sociedade Anônima (art. 1.º, 1);</p> <p>Adota-se denominação, ao final com o elemento sacralizador (SAD, para designar <i>Sociedad Anónima Deportiva</i>) – (art. 8.º, a), e só podem participar de competição profissional de uma modalidade (art. 1.º, 2 e 3);</p> <p>O objeto social é exclusivo para a participação de competições profissionais, e mais, desde que haja a modalidade desportiva profissional na Espanha (art. 2.º);</p> <p>O capital mínimo da SAD é fixado segundo a "Ley de Sociedades Anónimas", e é encontrado com base na somatória de dois fatores, ou seja, 25% da média de gastos realizados (fixado pelo Consejo Superior de Deportes), somados aos saldos patrimoniais negativos (art. 3.º);</p> <p>A constituição da SAD pode realizar-se por subscrição pública ou particular, sendo que o clube transformado mantém sua personalidade sob a forma transformada (art. 4.º);</p> <p>A inscrição da SAD deve ocorrer no Registro de Associações Desportivas Federação e Registro Mercantil (art. 5.º);</p> <p>Não é possível destinar-se vantagens econômicas, a não ser honoríficas, aos fundadores (art. 7.º);</p> <p>Poderão lançar negociação de suas ações em bolsa de valores (art. 9.º);</p> <p>Considera-se participação significativa na SAD aquela que deter o equivalente a cerca de 5% do capital (art. 10), devendo haver a respectiva comunicação (art. 12 e 13);</p>

Modelo Espanhol – Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio	
PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA SOCIEDAD ANÓNIMA DEPORTIVA ESPANHOLA	<p>O acordo de acionistas se equipara a aquisição de ações (art. 11, 1);</p> <p>Para aquisição de participação significativa que ultrapasse 25% do capital, há que se obter autorização do Conselho Superior de Esportes, tem caráter público e deve ser registrado (art. 14, 15 e 16);</p> <p>Proibição de participação acionária de uma SAD em outra, e proibição de detenção de participação significativa (5%) em mais de uma SAD que dispute a mesma competição ou modalidade (art.17);</p> <p>Há que se fazer comunicação da composição dos titulares de ações ao Conselho Superior de Esportes (art. 18);</p> <p>Há a existência de normas especiais de contabilidade e informação periódica ao Conselho Superior de Esportes (art. 19 e 20);</p> <p>O Conselho de Administração, órgão da SAD é definido no estatuto, havendo a fixação de impossibilidade de exercício de cargos na forma da lei (art. 21);</p> <p>São caracterizados como créditos subordinados aqueles emprestados por acionistas, conselheiros e demais administradores (art. 22);</p> <p>O aumento ou diminuição de capital, a modificação do estatuto, a dissolução ou operações como a transformação, fusão ou cisão devem ser comunicadas ao Conselho Superior de Esportes (art. 23).</p>

Fazendo-se leitura do Dec.-lei 10, de 25.01.2013 (Português) e também do Real Dec. 1.251, de 16.07.1999 (Espanhol) percebe-se que apesar da adoção de fórmulas um pouco diferentes, têm ambos o mesmo fundamento principiológico, ou seja, dotar o desporto profissional de um ambiente organizacional, eficaz e probo da prática, administração e gestão do desporto profissional, em especial do futebol.

Para se atingir então este ambiente de *fair play* administrativo e fiscal, tomou-se o preconceito de se impor às agremiações desportivas profissionais de uma estrutura jurídica própria de sociedade empresária, em Portugal com a SDUQ e SAD, enquanto que em Espanha, apenas a SAD.

São características comuns, um rigoroso controle e intervenção Estatal na atividade desportiva profissional, além da imposição do modelo societário empresarial especial, cujo modelo de gestão preconiza mecanismos de moralização, como:

- A preocupação em tornar as finanças dos clubes superavitárias;
- Fixação de capital mínimo, denotando condições mínimas de sustentabilidade econômica;
- Controle nos gastos e melhores práticas de contabilidade;
- Respeito ao cumprimento de obrigações, notadamente as fiscais e trabalhistas;
- Possibilitar o acesso ao mercado de valores mobiliários;
- Responsabilização dos Administradores;

– Independência dos resultados desportivos nas competições, para isso fazendo-se restrições de natureza societária entre sociedades ou controle das mesmas por participação significativa.

Para Victoria-Andreu (2012, p. 5) há forte destaque social e emocional na manutenção de equipes de futebol como associação e não como sociedade, pois a conversão da personalidade societária fixa que isto defenderia apenas os interesses de alguns, enquanto que a espécie associativa prima pelo interesse de uma coletividade muito maior.

Impor determinada forma jurídica às entidades de prática desportiva não revela melhor solução das mazelas a que padecem os clubes, sequer os clubes europeus, salvo raras exceções e em especial observação dos que já nasceram como empresas. Neste sentido, Hita (2010, p. 149) pondera sobre a imposição governamental espanhola de conversão das associações desportivas profissionais em *Sociedades Anónimas Deportivas*, a ver:

“Obligar a cualquier club que desee participar en una competición oficial profesional a convertirse en sociedad anónima deportiva puede suponer una vulneración injustificada del principio de libertad de empresa reconocido por el artículo 38 de la Constitución Española, ya que, como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1995, tal libertad no tiene únicamente un contenido económico, sino también jurídico, permitiendo a los ciudadanos la elección de la forma jurídica y el tipo de sociedad, dentro de las admitidas. Se podría haber optado, como en otros países, simplemente por dejar a la decisión de cada club y no con carácter irreversible, que em cada momento se pudiera mantener la forma jurídica club o la de otra forma jurídica societaria”.

A questão do clube-empresa, observada apenas do ponto de vista de estrutura jurídica, não resolve o problema econômico das entidades de prática ou organização desportiva, o que lhes fere de morte é a ausência de uma administração profissional, com controle e compromisso da gestão, conclusão a que aderem todos os juristas desportivos e que finalmente parece ter sido entendido pelo legislador brasileiro.

Todas as regras moralizadoras do desporto profissional, em especial destaque para o futebol, foram insertas na Lei 9.615/1998, de modo que a adoção de determinada estrutura não é relevante, notadamente quando se noticia um aumento significativo das dívidas⁷ dos clubes europeus que se converteram em sociedades empresárias, justamente para se atingir objetivo contrário.

7. Noticia-se que as dívidas dos clubes espanhóis convertidos em SAD aumentaram significativamente. Disponível em: [http://es.wikipedia.org/wiki/Sociedad_an%C3%B3nima_deportiva]. Acesso em: 15.03.2014.

6. MUTAÇÃO OU TRANSIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PELA "TRANSFORMAÇÃO": AS LIMITAÇÕES LEGAIS DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO QUANTO À TRANSIÇÃO DO MODELO ASSOCIATIVO AO SOCIETÁRIO

Certamente a questão cultural tem relevante peso neste aspecto. Outrossim, diversas são as dificuldades jurídicas de transformação, entre elas a que diz respeito à violação ao princípio da autonomia desportiva. Neste sentido, valiosa é a lição de Melo Filho (2002, p. 87) para quem:

“Quanto à *autonomia desportiva*, lembra-se que o art. 217, I, da Lei Maior igualmente não faz uso da expressão *na forma da lei*, daí a inexistência de argumentos e fundamentos que demonstrem haver juridicidade e constitucionalidade na transformação obrigatória, por via de lei ordinária, de ente desportivo em sociedade comercial, sendo de clareza solar que tal proposição agride e malfere a autonomia desportiva. Vale dizer, compelir um clube ou entidade dirigente a adotar tipologia societária comercial, com fins lucrativos, é, sem dúvida, interferir na sua *organização e funcionamento*, derruindo o postulado constitucional da *autonomia desportiva* (art. 217, I), a par de constranger conselhos deliberativos ou assembleias gerais de entes privados desportivos a adotar modelos legais que podem trazer prejuízos incalculáveis às suas tradições, patrimônio e identidade desportivas”.

Admite o direito brasileiro algumas operações como a transformação (CC, art. 1.113 e LSA, art. 220); a incorporação (CC, art. 1.116 e LSA, art. 227); a fusão (CC, art. 1.119 e LSA, art. 228), e a cisão (CC, Capítulo X, do Título II e LSA, art. 229) societárias.

A IN DNRC 88/2001⁸ (arts. 1.º a 7.º) define transformação como a operação pela qual a sociedade muda de tipo jurídico sem sofrer dissolução e liquidação, obedecidas as normas reguladoras da constituição e do registro da nova forma a ser adotada. Em comparação, a IN DNRC 118/2011⁹ (art. 2.º) fala em “transformação de registro”, operação pela qual a sociedade, a empresa individual de responsabilidade limitada ou o empresário individual altera o tipo jurídico sem sofrer dissolução ou liquidação, obedecidas as normas reguladoras da constituição e do registro da nova forma a ser adotada.

São quase idênticas as descrições de ambas as Instruções Normativas, porém há diferenciação essencial. No primeiro caso, há a *transformação de tipo societário* aplicando-se restritivamente às espécies societárias. No segundo caso o que se tem é a *transformação de registro*, o qual será modificado para encampar outros tipos jurídicos como a EIRELI (Lei 12.441/2011) e até mesmo o empresário individual (CC, art. 966, *caput*).

-
8. Dispõe sobre o arquivamento dos atos de transformação, incorporação, fusão e cisão de sociedades mercantis.
 9. Dispõe sobre o processo de transformação de registro de empresário individual em sociedade empresária, contratual, ou em empresa individual de responsabilidade limitada e vice-versa, e dá outras providências.

Pauta-se a transformação societária no princípio da identidade, pelo qual a sociedade transformada é a mesma, apenas com roupagem jurídica diferente, tanto que a ocorrência da transformação não modifica ou prejudica os direitos dos credores (CC, art. 1.115 e LSA, art. 222).

Logo, não há a modificação de tipo de pessoa jurídica para outra como se pudesse realizar a transformação de uma associação para sociedade, de um partido político em organização religiosa, só para exemplificar, o que seria igualmente absurdo imaginar-se a transformação do empresário (pessoa natural) em pessoa jurídica (sociedade ou EIRELI) e vice-versa.

Convém fazer um contraponto em Azambuja (2000, p. 278-279), para quem, embora não haja mecanismos jurídicos dispostos na ordem civil para se determinar a possibilidade de processar a adaptação das atuais entidades para um modelo societário, mas ressalta que em razão de uma anomalia praticada, qual seja, a de se emitirem “títulos de fundo social”, lançadas ao público e até negociadas no mercado de balcão, fragmentaram o patrimônio das entidades em parcelas ideais o que poderia facilitar na “transformação” a “conversão do patrimônio da sociedade sem fins lucrativos no capital daquela de fins econômicos que deverá substituí-la”.

Para Azambuja (2000, p. 281) as dificuldades envolvendo a transformação tratam-se de novos preconceitos, de modo que sugere:

“No que respeita, particularmente, aos interesses internos de cada clube, aqueles que dizem com os seus sócios, há de se distinguirem os dos patrimoniais e os dos contribuintes.

No que se refere aos primeiros, o caminho é de fácil percurso, compondo-se de etapas lógicas e previsíveis, a saber:

- a) Conversão do Patrimônio Líquido, levantado em Balanço, em Capital;
- b) Divisão desse Capital em quotas ou ações pelos valores fragmentários determinados ao par ou por critérios que consultem à conveniência da maioria dos respectivos detentores;
- c) Distribuição desse Capital entre os portadores de Títulos de Fundo Social;
- d) Redistribuição do poder político da entidade, tendo por referência necessariamente a constituição do capital e de acordo com o tipo societário adotado, considerados os critérios legais que regem a espécie escolhida;
- e) Dar destinação específica aos bens recebidos do Poder Público.

Já no que respeita aos contribuintes, presente que a estes não cabem direitos patrimoniais de qualquer espécie, e que, conseqüentemente, nesse processo de transformação, encontram-se fora do novo regime, isto é, de qualquer participação na sociedade transformada, há apenas a se preservar eventuais direitos outros, já adquiridos e em vigência ao tempo da mudança, todos eles ligados ao uso (temporário) dos ativos sociais”.

Outro fator peculiar no que diz respeito à transformação é o fato de que a maioria das entidades de prática desportivas, além da gestão e exploração profissional do desporto, fato caracterizado como atividade econômica,¹⁰ também desempenha o desporto sob a forma de manifestação não profissional. Neste aspecto, ressalta Savastano (2010, p. 693):

“Veja-se que não estamos indo de encontro às abalizadas (e dominantes) vozes existentes na doutrina jusdesportiva, que, baseadas na autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto à sua organização e funcionamento, prevista no inc. I do art. 217 da Constituição Federal, não concordam com a transformação da associação de prática desportiva em sociedade empresária de prática desportiva. Isto porque, como dito no item 4, a maioria das associações hoje em atividade que desenvolvem o desporto profissional também desenvolvem o desporto não profissional, o que não as caracteriza como sociedades empresárias, pois não têm como seu fim a atividade econômica, mas sim como seu meio”.

No que diz respeito à responsabilização dos sócios, importante observação foi feita por Rezende; Nascimento (2010, p. 701):

“A título exemplificativo, podemos mencionar que caso o clube aquiesça à “transformação”, adotando um tipo empresarial, dificilmente verá seus sócios sendo responsabilizados pessoalmente pelas dívidas da empresa, mesmo que não levasse a efeito seu novo estatuto social, pois se sabe que a desconsideração da personalidade jurídica só é autorizada em casos específicos (v.g. art. 50 do Código Civil vigente e 28 do Código de Defesa do Consumidor) e mediante o devido processo legal”.

Outro problema é a questão da responsabilidade tributária, pois, para a realização do registro seria necessário a apresentação de certidões dos tributos federais, INSS e FGTS, por exemplo, bem assim analisar a questão da sucessão do passivo. E mais, também deve ser lembrado da responsabilidade pelos créditos trabalhistas (CTN, art. 133) e (CLT, art. 449, § 2.º).

Voltando às lições de Rezende; Nascimento (2010, p. 702) há que se considerar ainda a necessidade de quórum específico para aprovação da transformação, a definição de integralização do capital e a regra geral de impossibilidade de utilização de bens patrimoniais, desportivos e sociais para integralizar parcela de capital (art. 27, § 2.º da Lei 9.615/1998).

A melhor opção de estrutura jurídica seria a sociedade anônima, tendo em vista que a condição de sócio não implicaria na alteração de seu “ato constitutivo” – estatuto, o que na sociedade limitada implicaria numa constante alteração do “contrato social”.

10. Vide Solução de Consulta 167, de 18.11.2002 da Receita Federal do Brasil: “a associação civil que pratica em caráter habitual atividade de natureza econômica, concorrendo no mercado com outras pessoas jurídicas de maneira não equitativa, não se caracteriza como entidade isenta, estando sujeita aos tributos e contribuições federais como as pessoas jurídicas de natureza comercial”.

Para Rezende; Nascimento (2010, p. 703) não há óbice em realizar, por analogia, a operação de cisão, desde que respeitado o disposto no art. 27 e § 5.º da Lei 9.615/1998¹¹. Sinaliza-se ainda a possibilidade de *drop down* que no dizer de Holfinger (2010, p. 719) “é uma operação de reestruturação societária mediante a qual se destaca parcela patrimonial de uma empresa para a composição de uma nova pessoa jurídica, não necessariamente havendo a cisão da sociedade”.

Neste ponto vale destacar a observação de Coelho (2011, p. 1)¹² que para solucionar a questão da tributação das entidades de prática desportivas, que também

-
11. “Art. 27-A. Nenhuma pessoa física ou jurídica que, direta ou indiretamente, seja detentora de parcela do capital com direito a voto ou, de qualquer forma, participe da administração de qualquer entidade de prática desportiva poderá ter participação simultânea no capital social ou na gestão de outra entidade de prática desportiva disputante da mesma competição profissional. (...) § 5.º As empresas detentoras de concessão, permissão ou autorização para exploração de serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, bem como de televisão por assinatura, ficam impedidas de patrocinar ou veicular sua própria marca, bem como a de seus canais e dos títulos de seus programas, nos uniformes de competições das entidades desportivas.”
 12. Segundo a própria legislação desportiva (art. 2.º, parágrafo único, da Lei 9.615/1998) a exploração e a gestão do desporto profissional constitui exercício de atividade econômica. Além do mais, para corroborar este fato, a Receita Federal, através da Solução de Consulta 167, de 18.11.2002, já decidiu que a associação civil que se dedique ao desporto profissional, não se caracteriza como entidade isenta, estando sujeita aos tributos e contribuições federais como as pessoas jurídicas de natureza comercial. Portanto, não podem ser tratados como outras associações, inclusive desportivas, mas que não possuem atividade profissional. Estas últimas, com vários benefícios, um deles a condição de filantropia e isenções tributárias diversas. Se a legislação equipara este tipo de associação (clubes de futebol profissional) à sociedades empresárias, algumas das disposições pertinentes às entidades empresárias também devem lhes ser aplicadas. O art. 251 da Lei 6.404/1976 (LSA) informa ser possível a constituição da subsidiária integral, ou seja, uma companhia constituída mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira. Pode-se dizer que esta solução não se aplica às associações, pois o termo da lei fala em “sociedade” brasileira. Todavia, temos a inserção da Lei 12.441/2011, que criou a Eireli – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, com inserção do art. 44, VI e art. 980-A no Código Civil brasileiro. Tal norma, que possibilitou a criação da EIRELI será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social. Assim, as entidades de prática desportiva (Clubes de Futebol) passarão a ser titular desta EIRELI para todos os efeitos, separando-se os patrimônios da associação (Titular) e da EIRELI. Aliás, o novo art. 980-A, § 5.º, do CC passa à seguinte redação: “poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional”. (Disponível em: [www.maiaxavier.com.br/verartigos.php?idartigos=19]. Acesso em: 03.03.2014).

exercem atividades não profissionais, sugere a criação de Eireli – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada.

Assim, as entidades de prática desportiva (Clubes de Futebol), poderiam constituir uma Eireli para realizar a atividade desportiva profissional, tal como é possível da leitura do art. 27, § 2.º, da Lei 9.615/1998 (com observância das normas estatutárias e maioria absoluta da assembleia geral dos associados). Neste caso, o “clube fundador” (Titular da Eireli) poderá fazer a cessão de alguns direitos como é o caso do direito de arena, direito de imagem, exploração comercial da imagem dos atletas, licenciamento de produtos, negociação de cotas de TV, contratos de patrocínio e licenciamento de marcas etc., e atribuir exclusivamente à entidade criada (Eireli) a atribuição de gestão próprias do desporto profissional, ficando sujeita à tributação pertinente ao desporto profissional.

Em contrapartida o “clube fundador” (Titular) se dedicaria à sua atividade meramente social, o que refletiria, entre outras questões, diretamente na questão tributária, uma vez que passará a ser tributada como associação social, desvinculada da amarra do art. 2.º, parágrafo único, da Lei 9.615/1998.

7. LEGE FERENDA

À vista da ausência de normas que asseguram uma transição do modelo associativo ao societário, sugere-se alteração na Lei 9.615, de 24.03.1998, podendo a alteração processar-se da seguinte forma:

PROJETO DE LEI _____ DE 24.03.2014

Altera disposições da Lei 9.615, de 24.03.1998 que institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1.º O art. 27, § 9.º da Lei 9.615, de 24.03.1998 passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 27 (...)

§ 9.º É facultado às entidades desportivas profissionais constituírem-se ou procederem à transformação de seu tipo para Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – Eireli (art. 980-A da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002) ou qualquer um dos tipos de Sociedades Empresárias regulados nos arts. 1.039 a 1.092 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, observando no processo de transformação o seguinte:

I – a constituição ou transformação entre tipos empresariais observará as disposições da legislação e regulamentações do DNRC – Departamento Nacional de Registro do Comércio em vigor;

II – a transformação de associações para Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – Eireli ou para qualquer um dos tipos de Sociedades Empresárias reguladas nos arts. 1.039 a 1.092 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, será pautada no princípio da identidade, observando as regras que lhes sejam pertinentes e também ao seguinte:

a) a transformação deverá ser precedida de aprovação pelo quórum especial de 3/5 (três quintos) dos membros da associação, em assembleia especialmente convocada para este fim. A assembleia também deverá deliberar sobre o tipo a ser adotado e aprovar o ato constitutivo;

b) deverá ocorrer avaliação do patrimônio social por auditores independentes, sendo o patrimônio líquido utilizado na formação do capital, assegurando-se aos sócios que desejarem permanecer na entidade a quota ou ação correspondente ao fracionamento do referido capital;

c) o exercício do direito de recesso pelos dissidentes, assegurando-lhes pagamento no prazo de até 180 (cento e oitenta dias), em moeda corrente, das restituições que lhes forem devidas quando forem titulares de quotas ou frações ideais do patrimônio da associação;

d) os órgãos registrares não poderão exigir apresentação de CND's tributárias de quaisquer níveis de governo, ou devidas ao INSS, FGTS e CNDT;

e) apresentada cópia autêntica da ata de deliberação de transformação, procederão os Cartórios de Registro Civil a averbação da transformação nos respectivos registros das associações, entregando às mesmas certidão de inteiro teor de tudo o que lá consta, competindo ao Registro Público de Empresas Mercantis receber o ato constitutivo juntamente com a referida certidão para a devida averbação;

f) competirá à Receita Federal do Brasil, estabelecer condições para efetivação da transformação no âmbito de sua competência e ao DNRC – Departamento Nacional do Registro do Comércio expedir Instrução Normativa a ser observada pelas Juntas Comerciais;

g) a transformação de tipo não implicará no prejuízo de direitos da entidade, nem de terceiros, sendo que os bens públicos que foram afetados às suas atividades privadas continuam a ter igual tratamento até resolução natural dos convênios, contratos ou ajustes realizados, ou até que seja revogado por ato unilateral da Administração Pública, precedido de justificção de interesse público;

h) às entidades de prática desportiva profissionais aplica-se subsidiariamente as disposições legais do tipo adotado, e as especificidades desta lei. Adotando a forma de sociedade por ações aberta poderá, na forma determinada pela CVM – Comissão de Valores Mobiliários, atuar no mercado de valores mobiliários.

Art. 2.º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 24.03.2014; 192.º da Independência e 125.º da República.

Dilma Rousseff

José Aldo Rebelo Figueiredo

A sugestão legislativa que se apresenta toma por base o fato da especificidade da norma desportiva, pois leva em conta apenas este microsistema, que preconiza a transposição de tipo de pessoa jurídica apenas para as entidades desportivas profes-

sionais. De modo que não será a regra aplicável às outras entidades, como instituições educacionais, escolas de samba etc. (todas na forma de associação), que continuam sendo regidas pelo direito civil comum. Ademais, continuam sendo regidas pelo direito empresarial as questões pertinentes à constituição e transformação de tipo societário, não havendo alteração a se sugerir. Neste particular tem-se em vigor a Instrução Normativa DNRC 88, de 02.08.2001 e a Instrução Normativa DNRC 118, de 22.11.2011.

Tomou-se por escopo ainda a ampliação de tipo, também devendo se abranger a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – Eireli (CC, art. 980-A).¹³ Aliás, o direito português¹⁴ admite a constituição ou transformação de entidades desportivas na figura da Sociedade Desportiva Unipessoal por Quotas (SDUQ, Lda), cujo capital é representado por uma única quota, indivisível e que pertence integralmente ao clube fundador.

O quórum especial de 3/5 (três quintos) é necessário para se estabelecer o direito da maioria, e confirmar sem sombra de dúvida que a vontade da transformação realmente está calcada majoritariamente, que também deverá escolher o tipo a ser adotado e aprovar o ato constitutivo. Quanto a este último item reputou-se desnecessário tecer minúcias sobre o ato constitutivo, pois, será fundado no princípio da autonomia da vontade das partes em observância das regras existentes, seja pela Lei 6.404/1976 para a sociedade anônima, seja pela Lei 10.406/2002 quanto aos outros tipos.

A avaliação do patrimônio social por auditores independentes assegura aos sócios dissidentes a justa restituição, no caso de serem detentores de parcela do patrimônio da associação; e aqueles que permanecerão, terão sua participação societária por quotas ou ações justificada pela fração ideal no patrimônio líquido. É óbvio que o patrimônio negativo não autoriza a constituição da sociedade, mas não haverá vedação ao aporte de recursos pelos sócios presentes ou futuros.

De nada adiantaria a permissão da transformação de tipo se das entidades fosse exigido no momento do ato registral certidões negativas ou positivas com efeito negativo (CTN, art. 205 e ss.), do INSS e FGTS, pois é cediço que as entidades desportivas profissionais são grandes devedoras e seria letra morta “dar com uma mão e tomar com a outra”.

Quanto ao aspecto registral em si, pressupõe-se que a transformação não dará origem a outra entidade (princípio da identidade), portanto, apenas deverá ser realizada a averbação no registro civil do fato da transformação, com apresentação

13. Recomenda-se leitura completa de: COELHO, Márcio Xavier. A Eireli como entidade de prática desportiva profissional. *RBDD* 21/143-162.

14. Consultar o Diário da República Portuguesa sobre o Dec.-lei 10, de 25.01.2013. Disponível em: [<https://dre.pt/pdfgratis/2013/01/01800.pdf>]. Acesso em: 15.03.2014.

no registro empresarial do ato constitutivo instruído com todos os documentos que dizem respeito à sua constituição, inclusive de valor histórico. A necessidade de regulamentos específicos por parte da Receita Federal e DNRC – Departamento Nacional de Registro de Comércio é para compatibilizar os sistemas, que inclusive já contam com base de dados por meio de recursos da informática e que precisam ser ajustados.

Também é desnecessário o estabelecimento de regras para a sucessão de direitos e obrigações, pois, de um modo geral a legislação já cuida disto, como ressay de diversas normas, como a CLT, art. 448 e o CTN, art. 132. O mesmo se diga dos terceiros de forma geral (CC, art. 1.115).

Por prevalência da supremacia do interesse público sobre o particular, se houve cessão de bens públicos às antigas associações, agora sob formato empresarial, para a continuidade de uso destes bens é conveniente a observância dos pactos anteriormente ajustados, pois, dado o caráter integrador do desporto pode ser que a atividade desenvolvida realmente coincida com um interesse público. Entretanto, caso revele a perda da eficiência na utilização dos bens, justamente por observância ao interesse público, necessário é a resolução por ato unilateral justificado e fundamentado da autoridade pública e retorno do bem para uma correta afetação.

A adoção do modelo societário elegido impõe à entidade desportiva a observância das regras que lhe são próprias, com incidência das normas desportivas aplicáveis, havendo, inclusive, a possibilidade de capitalização mediante negociação de ações e títulos no mercado de valores mobiliários, em consonância com as regras estipuladas pela CVM – Comissão de Valores Mobiliários para as sociedades por ações abertas.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa conseguiu atingir o objetivo geral que se traduz na observância das regras de natureza civil e empresarial brasileiras aplicadas às associações e às sociedades empresárias. Neste ponto, o objetivo específico foi igualmente alcançado, pois perscrutou-se e analisou-se a operação de transformação destes tipos (associação e sociedade empresária), coordenadas sob o ângulo de visada da especificidade desportiva.

São as entidades de prática desportiva, “clubes”, os grandes impulsionadores do desporto, convertendo todas as normas jurídicas criadas a partir de sua atuação, especialmente no que se refere a sua estruturação jurídica, em matéria obrigacional, consumerista, tributária, previdenciária e trabalhista.

Após analisados os modelos da SAD – Sociedade Anônima Desportiva e SDUQ, Lda – Sociedade Desportiva Unipessoal por Quotas, praticados na península ibérica, conclui-se que a finalidade comum nesta região é dotar o desporto profissional

de um ambiente organizacional, eficaz e probo da prática, administração e gestão do desporto profissional, em especial do futebol.

A Lei 9.615/1998 contém normas de “moralização” da gestão, administração e prática do desporto, em semelhança principiológica à legislação europeia, notadamente em Portugal e Espanha. Contudo, no Brasil a adoção de tipo societário não é obrigatória, apenas facultando a constituição ou transformação.

Apesar da possibilidade da transformação de tipo, do modelo associativo ao societário, limitado às entidades de prática desportiva profissionais, há notória inviabilização técnica e pragmática, pois, ausentes as normas de regulamentação e transição, para o caso necessárias.

Por fim, conclui-se que a adoção de tipo de sociedade empresária para as agremiações desportivas nacionais não é sinônimo de sucesso, nem empresarial, nem em mérito desportivo, sendo certo que este sucesso pode ser plenamente alcançado na entidade de modelo associativo, e que o único fator que a isto possa conduzir é a adoção de boas práticas de administração.

A permissão das entidades de prática desportiva profissionais, ao adotarem a forma societária de sociedades por ações aberta, em se capitalizarem pela negociação de ações e títulos no mercado de valores mobiliários, com o devido regramento e fiscalização da CVM – Comissão de Valores Mobiliários pode proporcionar meio eficaz de financiamento da atividade desportiva profissional.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZAMBUJA, Antônio Carlos de. *Clube empresa: preconceitos, conceitos e preceitos (O 1001.º Gol)*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000.
- CATEB, Alexandre Bueno. *Desporto profissional e direito de empresa*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.
- CASTRO, Luiz Roberto Martins. A natureza jurídica do direito desportivo. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*. 1. sem. vol. 1. São Paulo, 2012.
- COELHO, Márcio Xavier. A Eireli como entidade de prática desportiva profissional. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*. n. 21. p. 143-162. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2012.
- _____. Tributação de clubes de futebol profissional e a Eireli. Disponível em: [www.maiaxavier.com.br/verartigos.php?idartigos=19] 23.10.2011. Acesso em: 03.03.2014).
- CONSTANTINO, Caio Madureira. *Princípios de direito civil empresarial – associações desportivas – sociedades empresárias*. Departamento de Pós-graduação e extensão. Valinhos: Anhanguera Educacional, 2010. p. 11-13.
- GALVES, Carlos. *Manual de economia política atual*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- GASTALDI, J. Petrelli. *Elementos de economia política*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- HITA, Luis Marín. Una visión crítica de la sociedad anónima deportiva española. [*Curso de direito desportivo sistêmico*, obra de autoria coletiva]. São Paulo: Quartier Latin, 2010. vol. 2, p. 141-150.
- HOLFINGER, Bruno Lopes. Clube-empresa: as vantagens, desvantagens e viabilidade de sua implementação sob o prisma da entidade desportiva. [*Curso de direito desportivo sistêmico*, obra de autoria coletiva]. São Paulo: Quartier Latin, 2010. vol. 2, p. 709-722.
- HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2.299.
- KRIEGER, Marcílio. *Lei Pelé e legislação desportiva brasileira anotadas*. Rio de Janeiro: Coedição Forense/Gryphus, 1999.
- LYRA FILHO. *Introdução à sociologia dos desportos*. Rio de Janeiro: Record, 1974.
- MELO FILHO, Álvaro. *O novo direito desportivo*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.
- MIRANDA, Martinho Neves. *O direito no desporto*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- NEVES, Rubia Carneiro. Regime jurídico da sociedade simples. In: RODRIGUES, Frederico Viana (coord.). *Direito de empresa no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- REZENDE, Bruno Galvão S. P.; NASCIMENTO, Wagner. A “transformação” das associações desportivas em sociedades empresárias. [*Curso de direito desportivo sistêmico*, obra de autoria coletiva]. São Paulo: Quartier Latin, 2010. vol. 2, p. 695-707.
- SAVASTANO, Marcelo Mercante. Formas associativas das entidades de prática desportiva. [*Curso de direito desportivo sistêmico*, obra de autoria coletiva]. São Paulo: Quartier Latin, 2010. vol. 2, p. 689-694.
- SCHMITT, Paulo Marcos. *Curso de justiça desportiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- SILVA, Eduardo Augusto Viana da. *O poder, a sociedade e o Estado: O poder no desporto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- VICTORIA-ANDREU, Francisco. Fútbol profesional en latinoamérica: asociación vs. sociedad anónima deportiva. Iusport Editor, 2012. Disponível em: [www.iusport.es/images/stories/autores/Francisco-Victoria-Sociedades-Deportivas-FVA2012.pdf]. Acesso em: 03.03.2014.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A Eireli como entidade de prática desportiva profissional, de Márcio Xavier Coelho – *RBDD* 21/143 (DTR\2012\450080); e
- Uma visão sobre a evolução legislativa e a realidade do clube-empresa em face da Lei Pelé, de Adriano Cristian Souza Carneiro – *RBDD* 5/127 (DTR\2011\2404).

A INFLUÊNCIA DOS DIREITOS ECONÔMICOS NO CENÁRIO ATUAL DO DIREITO DESPORTIVO BRASILEIRO

MARIANA CECHINI DA SILVA

Graduada no Curso de Direito da Facamp – Faculdade de Campinas.

ÁREA DO DIREITO: Desportivo; Trabalho; Civil

RESUMO: Este artigo trata sobre a "paixão nacional", considerando os aspectos que envolvem os direitos econômicos dos atletas, clubes e investidores do futebol, bem como o direito desportivo brasileiro. O objetivo foi analisar por meio de estudos fundamentados nas normas brasileiras, artigos e nos regulamentos da Fifa (*Federation Internationale de Football Association*), uma eventual inviabilização ao banimento no Brasil aos direitos econômicos. O mesmo foi alcançado a partir de uma pesquisa bibliográfica com análise qualitativa. Concluiu-se que tanto as entidades de práticas desportivas, quanto o jogador profissional e o investidor serão beneficiários da renda criada com a transação dos direitos econômicos e tornou-se adequado elucidar a má interpretação à regulamentação da Fifa e ao art. 27-B da Lei 9.615/1998.

PALAVRAS-CHAVE: Direito desportivo – Direitos econômicos – Atleta profissional.

ABSTRACT: This article aims to clarify important topics in Sports Law, exploring the connection between Sport, Law, regulations, and in particular, institute related to contract obligations as clauses for damages, penal clauses, compensatory clauses and all kind of economic rights issues. The article argue that economic right, which entitled businessman to a percentage of a player's future transfer fee, should not be forbidden in the actual Brazilian Sport Law stage, once the athlete transaction between sport societies creates economic benefits for sport organizations, professional athletes and investors. Moreover, this article manages to demonstrate that Fifa regulations and article 27-B of the Brazilian Law 9.615/1998 (Pelé Law) had a wrong interpretation about the role of third party ownership of a player's economic rights.

KEYWORDS: Sports law – Economic rights – Professional athlete.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Contrato de trabalho do atleta profissional – 3. Do passe: 3.1 Da quebra do passe – 4. Cláusula penal – 5. Cláusula indenizatória – 6. Cláusula compensatória – 7. Direitos econômicos: 7.1 Direitos federativos *versus* direitos econômicos; 7.2 A influência de terceiros no mundo do futebol; 7.3 Os direitos econômicos na atualidade – 8. Conclusão – 9. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil, único país pentacampeão do mundo e único a participar de todas as Copas Mundiais (torneio que envolve os apreciadores deste esporte em todo o

mundo), tem em sua cultura o amor ao futebol e a tudo o que se relaciona a este esporte, que embora seja uma criação dos ingleses, certamente constitui uma paixão nacional dos brasileiros.

Nesse sentido, o presente artigo teve por objetivo analisar por meio de estudos fundamentados nas normas brasileiras, artigos e nos regulamentos da Fifa (*Federation International de Football Association*), uma eventual inviabilização ao banimento no Brasil aos direitos econômicos. Em delineamento desse assunto, buscou-se identificar neste artigo qual a diferença entre direitos econômicos e direitos federativos, que apesar de decorrer deste, são diferentes e não devem ser enleados.

Em uma trajetória ascendente no Brasil, o futebol, enquanto espetáculo esportivo, desperta paixões de torcedores em todas as classes sociais e níveis culturais. Mas também traz a lume a valorização, por vezes exacerbada, de alguns atletas, os quais ganham fama e vivenciam riqueza e glória econômico-financeira, porém passam a arraigar a valorização dos direitos econômicos sobre o direito desportivo.

Com o advento da Lei 9.615/1998 (Lei Pelé) alguns institutos foram extintos, que é o caso do “passe”, surgindo, no mundo do direito desportivo, outros conceitos benéficos tanto ao atleta profissional, quanto a entidade de prática desportiva (clubes de futebol).

A mudança que teve como base a Lei Pelé trouxe a dissolução do vínculo do clube com o atleta, o qual se torna livre para decidir sobre sua carreira e, segundo seu anseio pessoal, profissional e econômico-financeiro possa firmar novo contrato de trabalho com outra entidade de prática desportiva.

A partir de um novo vínculo com a entidade, o atleta, segundo as normas brasileiras e os regulamentos da Fifa, é transferido ao clube, momento em que o instituto dos direitos econômicos passa a vigorar.

Ocorre que nessa transferência o investidor não pode ter sido o responsável por eventual decisão do atleta, nem mesmo ter influenciado a sair de uma determinada entidade de prática desportiva. Isso ocorre sob o auspício do art. 18 Bis do regulamento Fifa, bem como o art. 27-B da Lei Pelé, os quais proíbem qualquer interferência do investidor relacionada ao vínculo trabalhista do atleta.

Sob a luz dos acontecimentos no meio esportivo, podem os Direitos Econômicos passar a não existir, tendo em vista o ocorrido no final do ano de 2012, em que a Uefa (União das Federações Europeias de Futebol) tentou proibir tais direitos na Europa e, sob esta influência a Fifa vem questionando a respeito desses direitos nas demais associações.

Neste contexto, este artigo tratou sobre a relação dos direitos econômicos e a necessidade de regulamentação de normas ao assunto, considerando a necessidade de sua existência, mas também de que estes constituam um instituto transparente e eticamente regulamentado.

2. CONTRATO DE TRABALHO DO ATLETA PROFISSIONAL

A luz da compreensão de Wiggers (2012, p. 6): “O Brasil é um país em que o futebol é uma ‘paixão nacional’, e o brasileiro vive o futebol, torce, vibra com seus clubes e com a seleção, que é pentacampeã do mundo”. Neste “país do futebol” o sonho de ser atleta e contratado por um grande clube envolve as crianças, especialmente aquelas que têm neste esporte a única chance de ter condição de vida mais digna para si e sua família.

Ressalta ainda Wiggers (2012) que nas últimas três décadas o futebol deixou de ser somente um esporte no Brasil e, um contrato com direitos econômicos passou a ser uma necessidade e realidade de muitos atletas, pois esta constitui uma atividade capaz de render elevadas quantias em dinheiro. Mas, para que exista a harmonia do trinômio atletas/clubes/direitos econômicos foi importante à regulamentação dos direitos trabalhistas destes profissionais.

Ao adentrar nos aspectos que envolvem os direitos trabalhistas é relevante comentar que o contrato de trabalho recebeu, pelo Código Civil de 1916, regulamentado pelos arts. 1.216 a 1.235 a denominação de locação de serviços. Duas décadas mais tarde, com a Lei 62/1935, passou a ser denominado de contrato de trabalho, que também tem uma denominação, que é utilizada como expressão sinônima na legislação nacional (MARTINS, 2009).

Depois de tais adventos, a Consolidação das Leis do Trabalho em seu art. 442 define o contrato individual de trabalho como sendo “o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego” (BRASIL, 1943, p. 1).

Atualmente, o contrato de trabalho do atleta profissional de futebol é regulado pela Lei 9.615/1998 – “Lei Pelé”, a qual teve como objeto a proteção aos direitos do atleta profissional. A principal diferença da Lei 6.354/1976 para a de 1998 está na previsão e proteção dos direitos e obrigações do atleta profissional. Concebe-se que a norma regulamentadora do contrato de trabalho do atleta profissional traz em seu bojo as hipóteses de uma forma expressa e escrita dos direitos e deveres que possibilitem o exercício profissional acertado. Sob este prisma, o jogador passa a ser tratado segundo a previsão da jurisdição brasileira, que torna o atleta livre de um vínculo ao término de um contrato.

Na interpretação de Zainaghi (1998, p. 54) o contrato de trabalho é o “instrumento pelo qual uma pessoa física obriga-se a prestar serviços de forma não eventual e subordinada a uma pessoa jurídica ou a uma pessoa física”.

A luz desta diferenciação há que se avaliar que no caso do contrato do jogador profissional, conceitua-se este, segundo Catharino (1969, p. 9), como “aquele pelo qual uma (ou mais) pessoa natural se obriga, mediante remuneração, a prestar serviços desportivos a outra (natural ou jurídica), sob a direção desta”.

Há que se avaliar que a expressão “sob a direção desta” relata que o atleta está sob a gestão no sentido de responsabilidade e não o simples domínio, posto

que este possa gerar uma relação prejudicial para a vida pessoal e profissional do atleta.

Destarte, revela-se que essa relevante mudança no mundo do desporto brasileiro pode ser mais bem compreendida a partir da abordagem às questões fundamentais do regime jurídico brasileiro, o qual pacificou sobre as fontes do contrato de trabalho desportivo. Assim, segundo Melo Filho (2011), os contratos desportivos estão sob o auspício de um regime jurídico-contratual, porém, quando necessário, existe a possibilidade de recorrer à legislação trabalhista e previdenciária como suporte subsidiário de harmonização das relações de trabalho.

Não obstante a esta ponderação, segundo Diniz (1994), o contrato de trabalho de jogador de futebol é um contrato de emprego e, por esta característica necessariamente deve estar sujeito às leis trabalhistas da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), sendo duas regras aplicadas, por força de lei e do direito, de acordo com as normas de caráter protecionista do direito do trabalho.

3. DO PASSE

Apesar da “Lei Pelé” extinguir o conceito “do passe” deixando este de vigorar no ordenamento jurídico desportivo brasileiro, ainda assim é importante estudar este instrumento para a compreensão dos fundamentos quanto à criação da cláusula compensatória e indenizatória desportiva.

O passe, segundo Costa (2008), foi um instituto que teve origem nos clubes brasileiros, em razão da maior garantia de manutenção do futebol e, também, na tentativa de evitar o fenômeno que ocorreu em um amistoso com o Barcelona no ano de 1931. No referido episódio dois jogadores do Vasco da Gama, negro Fausto e mulato Jaguaré, foram seduzidos pela oportunidade de assinar um contrato milionário com o Barcelona e não retornaram ao Brasil, em razão das propostas oportunas dos clubes aos jogadores Sul-Americanos.

Como conceito desse instituto, o art. 11 da Lei 6.354/1976, conhecida como “Lei do Passe”, preceitua: “Entende-se por passe a importância devida por um empregador a outro, pela cessão do atleta durante a vigência do contrato ou depois de seu término, observadas as normas desportivas pertinentes” (BRASIL, 1976, p. 2).

Para Oliveira (2010), mesmo após o término do contrato de um atleta com o clube que detém o seu “passe” (direito sobre a sua venda ou empréstimo) fica este vinculado, sendo liberado somente após a negociação com outro clube, sendo que o intermediário é aquele que possui o direito de negociação.

Segundo Oliveira (2010) compreende-se que o passe de um atleta é um instituto que viabiliza a negociação entre dois empregadores, seja no caso de interrupção do atleta durante determinada vigência do contrato ou mesmo após seu término, reparando os investimentos que ocorreram na formação do atleta que

é o alvo da transação, perpetuando-se em muitos casos, unicamente, os direitos econômicos.

Conforme aponta Zainaghi (1998), existiam hipóteses que tratavam da dispensa do jogador, como, por exemplo, no encerramento das atividades do clube, ou mesmo quando o atleta atingisse 32 anos de idade, tendo prestado 10 anos de serviço efetivo ao clube, conforme previa o art. 17 e 26 da Lei do Passe:

“Art. 17. Ocorrendo, por qualquer motivo, previsto em Lei, a dissolução do empregador, o contrato será considerado extinto, considerando-se o atleta com passe livre”.

“Art. 26. Terá passe livre, ao fim do contrato, o atleta que, ao atingir 32 anos de idade, tiver prestado 10 anos de serviço efetivo ao seu último empregador” (BRASIL, 1976, p. 3).

O instituto do passe, durante o tempo em que esteve em vigência, foi considerado por algumas pessoas como equivalente à escravidão. Nessa época, como aponta Oliveira (2010, p. 26): “(...) o ‘passe’ nada mais era que a legalização da escravidão, com resquícios da juridicidade”.

Segundo a compreensão de Zainaghi (1998), o instituto do passe possui pontos favoráveis e desfavoráveis aos atletas. Assim, se ele impede ou dificulta a transferência do atleta de outro pode ser uma garantia de que o atleta seja valorizado.

Neste sentido, Zainaghi (1998) não concebe a extinção completa do passe, mas a busca por mecanismos que possam aprimorar as relações dos atletas com os clubes, permitindo que estes tenham respeitados seus direitos econômicos, tanto quanto seus direitos desportivos. Para isso é necessário que a legislação não somente deva extinguir o passe, mas aprimorá-lo, possibilitando a redução de atos vis por parte de clubes, que possam atrapalhar a vida dos atletas.

3.1 Da quebra do passe

Depois de diversos debates acerca da edição da Lei do Passe, segundo Toledo (2000) houve uma exaustiva discussão em que jogadores insistiam na extinção desse instituto, enquanto que os clubes lutavam por sua manutenção.

No Brasil houve inúmeras discussões jurídicas sobre o passe, em que o jogador é considerado *res* (coisa), tratado como escravo e mercadoria, ensejando uma aparência de que está acorrentado ao clube, sendo apenas respeitados os direitos econômicos que não atingem somente o jogador e seus familiares, mas, especialmente, os clubes que segundo Toledo (2000) são os detentores da “vida profissional” do atleta.

Como já mencionava Almeida (2011 apud VEIGA, 2013, p. 18): “O passe reduzia o jogador a condição de coisa, tal como qualquer outro bem material do patrimônio do empregador”.

A extinção do passe na Europa ainda na década de 1990, segundo Toledo (2000) teve como principal incentivador o então jogador belga Jean-Marc Bosman, que após o término de seu contrato com o clube belga Liège, tentou sua transferência para o clube francês Dunquerque. Fato este impedido devido ao “passe”, motivo pelo qual, procurou a justiça belga, tendo como decisão inédita a vedação de transferências de jogadores entre os clubes da União Europeia.

Sobre a contradição envolvendo a questão do passe e sua extinção e com um olhar voltado para o interesse do clube, tem-se o entendimento de Melo Filho (1995). O referido autor assegura que em diversos casos o clube investe na formação do atleta, sendo que esta ação precisa de retorno do investimento, bem como existe a necessidade de dar segurança ao vínculo entre o atleta e o clube, o que é manifestado em contrato por prazo determinado, conforme preleciona a lei.

Destarte, surgiu a Lei Pelé, em que passa a vigorar o vínculo trabalhista entre o clube e o jogador, sendo extinto o instituto do passe, trazendo mudanças introduzidas pela Lei 9.981/2000, pela MedProv 2.141/2001, pela Lei 10.672/2003 e, em derradeiro, pela Lei 12.395/2011.

4. CLÁUSULA PENAL

Com a extinção do direito ao passe, a Lei Pelé institui a referida Cláusula Penal, incidindo quando extinto o contrato de trabalho anteriormente ao termo ajustado. Esse instituto remonta ao direito romano, como corolário da *stipulatio poena*, e, segundo o entendimento do jurista Mazeaud (2007 apud OLIVEIRA, 2010, p. 11), existia como uma pena rigorosa que tornava esta relação uma sanção de caráter extremamente repressivo sendo que: “(...) O rigor da pena era explicado pela função particular que visava assegurar a obrigatoriedade das relações contratuais cujo objeto fosse outro que não o dinheiro, como as obrigações de dar, fazer, não fazer ou de transferir propriedade”.

Em síntese, é relevante observar o conceito desse instituto de acordo com o que Rosensvald (2007 apud OLIVEIRA, 2010, p. 14) descreve: “Conceituamos a Cláusula Penal como uma convenção acessória que acopla uma pena provada ao inadimplemento de uma obrigação”.

Nesse sentido, analisa-se que esse instituto surgiu como o sucessor do direito ao passe, sendo o clube vinculado ao atleta tendo maior benefício, prevendo, desta maneira, garantia ao clube quanto ao direito de indenização caso o atleta opte por exercer sua profissão em outro clube anterior à data prevista no contrato. Assim, segundo Wiggers (2012), buscou-se proteger o direito de liberdade do atleta, bem como o direito do empregador em ter o retorno financeiro decorrente do investimento, profissionalização e desenvolvimento das habilidades.

Para alguns autores a criação do conceito Cláusula Penal fora desnecessária. Era insustentável tal instituição no direito desportivo, tendo em vista que, segundo Melo Filho (2011), existe uma incompatibilidade entre o caráter bilateral e a limitação do seu montante ao calor da obrigação principal.

A mencionada instituição traz algumas correntes, dentre elas, de que a cláusula incide exclusivamente ao atleta, isto porque, de acordo com Melo Filho (2011) o § 3.º do art. 28 não disciplina a cláusula penal no caso de ocorrer transferências internacionais, sendo que o transferido é o atleta e não o clube, desta forma, tem-se que a cláusula penal incide sobre o atleta.

Sob a evocação da compreensão desta análise, pontua-se que a cláusula penal não passou de uma criação embasada no antigo passe, o qual não conseguiu atingir o seu real objetivo, conforme justificativas supracitadas, tendo tão somente compensado os clubes dos prejuízos ocorridos na época do passe.

5. CLÁUSULA INDENIZATÓRIA

Primordialmente, ressalta-se que este instituto não se confunde com o anterior, tendo em vista que a cláusula indenizatória, diferente da cláusula penal, assegura o direito do atleta profissional rescindir o contrato de trabalho de um determinado clube, tendo este o direito a uma reparação econômica.

Nesse sentido, segundo Melo Filho, entende-se cláusula indenizatória desportiva (2011, p. 42) como: “(...) sempre devida pelo atleta, constituindo-se nova entidade de prática desportiva contratante como solidariamente responsável pelo pagamento, até porque maior interessada e beneficiária efetiva na transferência do jogador”.

Em destaque à concepção do entendimento deste assunto, o § 1.º do art. 28 da Lei 12.395/2011 já estipula os critérios do valor da cláusula indenizatória desportiva:

“§ 1.º O valor da cláusula indenizatória desportiva a que se refere o inciso I do *caput* será livremente pactuado pelas partes e expressamente quantificado no instrumento contratual:

a) até o limite máximo de duas mil (2.000) vezes o valor médio do salário contratual para as transferências nacionais; e

b) sem qualquer limitação para as transferências internacionais” (BRASIL, 2011, p. 1).

Nesta contextualização, aponta-se que a qualquer momento os atletas têm o direito de rescindir o contrato de trabalho desportivo, sendo necessário dar uma quantia devida ao empregador.

Sob este prisma, cabe o seguinte questionamento: de quem será a responsabilidade, de fato, para tal pagamento? Muitos responderão que se o atleta é quem

rescindiu o contrato, será ele quem deverá arcar com a indenização, no entanto, a prática demonstra que na maioria dos casos o outro clube contratante é quem se predispõe ao pagamento, com a justificativa do § 2.º do art. 28 da Lei 12.395/2011, que estipula que a responsabilidade é solidária¹.

6. CLÁUSULA COMPENSATÓRIA

O Poder Legislativo, tanto quanto o Poder Judiciário, buscam com a disciplina de leis e execução destas o equilíbrio nas relações. Deste modo, Costa (2008) considera que a cláusula compensatória desportiva busca a proteção do atleta durante o tempo que viger o seu contrato com o clube.

Destarte a concepção de que a cláusula compensatória desportiva nada mais é do que a dívida auferida pelo clube empregador para com o atleta empregado, em razão da dispensa imotivada ou da rescisão indireta pelo clube empregador sem que o contrato de trabalho desportivo tenha findado.

Essa cláusula é regulamentada pelo inc. II e § 3.º do art. 28 da Lei 12.395/2011, que dispõe:

“Art. 28. A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com a entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente:

(...)

II – cláusula compensatória desportiva, devida pela entidade de prática desportiva ao atleta profissional, nas hipóteses dos incisos III a V do § 5º.

(...)

§ 3.º O valor da cláusula compensatória desportiva a que se refere o inciso II do *caput* deste artigo será livremente pactuado entre as partes e formalizado no contrato especial de trabalho desportivo, observando-se, como limite máximo, 400 (quatrocentas) vezes o valor do salário mensal no momento da rescisão e, como limite mínimo, o valor total de salários mensais a que teria direito o atleta até o término do referido contrato.

Somente será dívida ao atleta a indenização fixada na cláusula compensatória desportiva quando houver dispensa imotivada e rescisão indireta do contrato de trabalho. Assim preceituam os incisos III a V do § 5.º do art. 28:

1. Essa hipótese não colide com o Regulamento sobre Estatuto e Transferência de Jogadores (Fifa), cujo art. 17,2 dispõe que “Si un jugador profesional debe pagar una indemnización, él mismo y su nuevo club tienen la obligación conjunta de efectuar el pago (...)” (MELO FILHO, 2011). Tradução livre: “Se um jogador profissional deve pagar uma indenização, o novo clube e o próprio jogador possuem a obrigação conjunta de efetuar o pagamento”.

(...)

III – com a rescisão decorrente do inadimplemento salarial, de responsabilidade da entidade de prática desportiva empregadora, nos termos desta lei;

IV – com a rescisão indireta, nas demais hipóteses previstas na legislação trabalhista;

V – com a dispensa imotivada do atleta” (BRASIL, 2011, p. 2).

Nesse sentido, conclui-se que a cláusula compensatória submete-se ao limite máximo de 400 vezes o salário do atleta no momento da rescisão, bem como ao limite mínimo, no que se refere ao total de salários que teria direito o atleta até o final do contrato. Este fato diferencia-se do art. 479 da CLT, que traz o direito ao atleta em receber um total de 50% dos salários, ao invés de 100% da cláusula.

Nota-se diferença entre o limite devido pelo empregador ao atleta e o limite devido pelo atleta ao clube, que tem na cláusula indenizatória, como limite 2000 salários médios devidos. Entretanto, não se trata de uma desproporcionalidade, tendo em vista que a entidade desportiva acaba se envolvendo com despesas estruturais do clube, manutenção pessoal, além dos pagamentos de encargos sociais e tributos em quantidade e alíquotas superiores aos dos jogadores.

Justifica-se a compreensão acerca das ponderações de Melo Filho (2011) que embora existam diferenças no tratamento dado pela lei ao atleta e ao clube, a legislação em todo o seu contexto prima pelo tratamento igual aos iguais, considerando suas igualdades e, tratamento desigual aos desiguais, cabendo à proteção dos direitos e deveres no contexto de ambas as partes.

7. DIREITOS ECONÔMICOS

7.1 *Direitos federativos versus direitos econômicos*

Necessário se faz diferenciar uma nomenclatura da outra, embora os direitos econômicos adviessem dos direitos federativos, fundamental é entender que um não se confunde com o outro. Os direitos federativos originam-se com o registro da celebração do contrato profissional entre o atleta e a entidade desportiva, que nas palavras de Santoro (2008, p. 1): “é o direito do clube em registrar o atleta na federação (CBF) como vinculado a ele (clube)”.

Entende-se segundo Melo Filho (2011), que o direito federativo é uma nova acepção ao antigo passe, dando ainda o poder ao clube sobre o atleta, tendo o apoio de uma confederação ou federação, em que é registrado o contrato de trabalho gerando um vínculo obrigacional desportivo. Compreende-se assim, que é uma nova “roupagem” para um antigo “corpo”.

Nesse sentido, conclui-se que no momento do término do contrato de trabalho, o vínculo desportivo também se extinguirá, conforme o que preceitua o § 2.º do

art. 28 da Lei 9.615/1998, de que: “O vínculo desportivo do atleta com a entidade desportiva contratante tem natureza acessória ao respectivo vínculo trabalhista” (BRASIL, 1998, p. 1).

Compreende-se que os direitos federativos são de propriedade do clube empregador, sendo que o atleta pode ser totalmente cedido no momento em que um clube promove o empréstimo de um determinado atleta a outra entidade desportiva, conforme estabelece a lei. Sob a luz desta análise, aponta-se que se origina essa nova agremiação a qual detém por um tempo determinado os direitos federativos advindos do contrato de trabalho principal, sendo, dessa forma, transmissíveis.

Em contrapartida, quando se analisam os direitos econômicos, conclui-se que existe relação entre a entidade desportiva e o investidor, o qual receberá uma porcentagem sobre o valor da transferência de um determinado atleta.

Segundo a compreensão de Melo Filho (2011) os direitos federativos são exclusivos dos clubes, sendo que estes devem remeter este instituto à confederação responsável, enquanto que os direitos econômicos que derivam dos federativos podem ser exercidos pelos clubes, os empresários que investem nos atletas e até as empresas que assumem os riscos no investimento de lucros futuros.

Sob este auspício conceitual, tem-se que não há que se confundir os direitos econômicos com os direitos federativos, uma vez que, embora derivado deste, sem a transferência desses direitos, inválido se torna o direito do investidor em adquirir um determinado percentual desses direitos.

7.2 A influência de terceiros no mundo do futebol

A partir do que já foi exposto neste artigo, atem-se o conhecimento de que os direitos econômicos nada mais são do que negócios com os chamados Grupos de Investidores, os quais adquirem um determinado percentual dos mesmos sobre um atleta, retornando um valor ao clube que detém os direitos federativos quanto ao preço ajustado para a negociação.

A Fifa criou um novo regulamento relativo aos investidores a partir de dois casos, sendo o do Mascherano, ligado à *Global Soccer Agencies* e à *Mystere Services* e Carlitos Tévez, este revelado pelo Boca Juniors, que foi contratado pelo Sport Club Corinthians Paulista em 2005. Depois do clube paulista, o atacante passou por *West Ham* e chegou ao *Manchester United*. Todavia, o destino dos jogadores foi definido por um grupo de empresários ligados à MSI (*off-shore* sediada na Inglaterra) e o clube *West Ham* não teve poder para decisões dos termos e as condições na venda dos jogadores.

Nesse sentido, o fato da Fifa não ter acesso à parte financeira das negociações, motivou a decisão em janeiro de 2008, para a promoção de alterações em seu Regulamento de Transferência de Atletas (Fifa RSTP), foi assim incorporado o art. 18 Bis.

Isso ocorreu após o jogador Tévez não ter sido parte no contrato de transferência, tendo em vista que uma empresa gestora de direitos desportivos passou a ser detentora da totalidade de seus direitos econômicos, sendo parte no contrato do atleta.

Segundo Santoro (2009) o art. 18 Bis disciplina que apenas o clube é o detentor legítimo do direito em transferir e estipular o valor de um atleta, não cabendo aos investidores este direito.

Logo em seguida, no Brasil foi regulamentada a Lei 9.615/1998, na nova “Lei Pelé”, da qual trata em seu art. 27-B a proteção aos clubes regulamentando que são nulas de pleno direito as cláusulas de contratos firmados entre clubes e terceiros, além destes e atletas, os quais se tornam passíveis de intervir ou influenciar nas transferências de atletas ou em seus desempenhos. Deste modo o referido artigo disciplina que:

“Art. 27-B: São nulas de pleno direito as cláusulas de contratos firmados entre as entidades de prática desportiva e terceiros, ou entre estes e atletas, que possam intervir ou influenciar nas transferências de atletas ou, ainda, que interfiram no desempenho do atleta ou da entidade de prática desportiva, exceto quando objeto de acordo ou convenção coletiva de trabalho” (BRASIL, 1998, p. 1).

Destarte a observação do art. 27-B tem-se que o referido dispositivo espelha o art. 18 Bis do regulamento da Fifa, que vem com certa preocupação da entidade, tendo em vista o seu foco ser para a estabilidade das competições e a criação de mecanismos para maior independência aos clubes.

Sob esta concepção, tem-se o entendimento de Alfonsin (2008) de que o dispositivo não teve o objeto de encerrar os investimentos dos direitos econômicos sobre os direitos federativos do jogador de futebol, mas sim, regulá-los, coibindo os excessos sem, no entanto, eliminá-los.

Com isso, analisa-se que na regulamentação desse instituto não são admitidos contratos firmados entre clubes e terceiros ou entre estes e atletas com o poder de decisões relativas às transferências de atletas, bem como em sua relação de trabalho, o que acaba em um baixo desempenho, tanto dos atletas profissionais, quanto da entidade de prática desportiva.

Ainda nessa linha de raciocínio, Melo Filho (2011) aponta que a Fifa adotou uma postura radical com a intenção de reduzir ou neutralizar o excesso de poder dos empresários e investidores no mercado desportivo em que o atleta profissional do futebol vinha sendo mercantilizado de forma, por vezes, cruel.

Ocorre a necessidade de observar que a entidade máxima ao regular o art. 18 Bis tinha como maior objetivo evitar a intervenção de um agente financeiro nas questões desportivas, para que suas decisões a respeito das transferências e contratos dos atletas fossem somente de competência exclusiva dos clubes e seus jogadores e não na comercialização dos direitos econômicos.

Nota-se que essa intervenção de terceiros não deve ser tratada como algo prejudicial em nosso mundo desportivo quando pensado diante do parágrafo supracitado. Neste sentido, em uma visão diversa de outros juristas, o espanhol Pèrez (2010, p. 1) pontua que: “Es obvio que la posibilidad de que terceras partes tengan la capacidad material de influenciar no puede ser totalmente descartado. De hecho, esa posibilidad aún existe.”²

Pèrez (2010) explicita que apesar da regulamentação da Fifa acerca da influência de terceiros na vinculação entre o clube e o atleta, este não descarta totalmente a possibilidade de existência de tal hipótese.

Ademais, pondera-se que embora possam existir diversas interpretações com relação à nova regulamentação do art. 18 Bis da Fifa e ao art. 27-B de “Lei Pelé”, salienta-se o fato de que o detentor dos direitos econômicos do atleta apenas se apoderará de um certo valor financeiro originado na transferência bem sucedida, descartando-se a concepção de dar comandos ao futuro do atleta.

7.3 Os direitos econômicos na atualidade

Cediço a análise acerca da evolução dos direitos econômicos no mundo desportivo, os interesses nesse instituto tornaram-se comuns entre os países, sendo de assaz influência de regulamentação a seu respeito.

Entre os diferentes tratamentos a respeito dos direitos econômicos entre as confederações, o comitê executivo da UEFA, tentou, no final de 2012, vedar a participação em suas competições de atletas que tenham suas inscrições vinculadas a terceiros, já a partir da temporada 2014/2015.

Com essa tentativa de decisão, a entidade reguladora do futebol europeu irá banir o TPO (*Third Party Ownership*) em nível global, sendo motivo de insatisfação aos clubes e possíveis entidades desportivas no cenário sul-americano, uma vez que a Fifa iniciou um estudo para buscar informação de cada Associação Nacional a respeito de como tratam e regulam a questão.

No Brasil, segundo a Federação Paulista de Futebol (2012) foi elaborado por uma comissão do Ministério dos Esportes nomenclaturada Proforte (Programa de Fortalecimento dos Esportes Olímpicos) um Anteprojeto de Lei, que trata sobre a possibilidade de anistia de elevadas dívidas dos clubes brasileiros. Neste sentido, pretende-se reverter estes valores na produção esportiva em modalidades olímpicas de alto rendimento para uma “democratização do esporte”. Entretanto, existe

2. Tradução livre: “É óbvio que a possibilidade de que terceiras partes tenham a capacidade material de influenciar não pode ser totalmente descartada. Na verdade, essa possibilidade ainda existe”.

o risco de o legislador regulamentar em tal anteprojeto o banimento dos direitos econômicos no futebol brasileiro.

Por esse motivo, os clubes brasileiros, inconformados com tal movimento, deliberaram uma carta aberta para a Fifa, ao Ministério do Esporte, à CBF (Confederação Brasileira de Futebol), mediante a qual, acertadamente, expuseram os motivos quanto ao não banimento dos direitos econômicos aos países sul-americanos.

Destarte, foi observado que a participação de terceiros no futebol profissional é uma abordagem amplamente debatida no mundo desportivo, sendo somente possível a partir do vínculo dos direitos federativos de um atleta à entidade desportiva ou, nem mesmo possível, conforme o caso da tentativa da Uefa em banir os direitos econômicos.

8. CONCLUSÃO

Depois de analisar a evolução entre os institutos desde o passe, até a cláusula penal indenizatória e a cláusula compensatória, observou-se o desempenho dos legisladores em regulamentar o instituto normativo do desporto brasileiro.

Ocorre que ao tratar dos direitos econômicos, surge um embate posterior ao caso Tévex e Mascherano em que a Fifa melhor regulamentou esses direitos ao disciplinar o art. 18 Bis, que não deixou de permitir uma terceira entidade detentora, mas que apenas objetivou a não interferência desta na influência da relação contratual e da transferência entre o atleta profissional e o clube.

Outrossim, apontou-se que de posse dos fundos de investimentos, as entidades de práticas desportivas adquirem renda para investir na contratação do atleta profissional, bem como em benfeitorias ao clube. Nesse sentido, os direitos econômicos tornam-se uma nova fonte de receita aos clubes, os quais são capazes de obterem lucros antecipados à entidade, motivo que gerou a compreensão da necessidade do seu não banimento.

É cediço que os países sul-americanos são conhecidos por continuamente ter entre as suas equipes diversos atletas profissionais, que se revelam entre os principais times europeus. Entretanto, com o banimento dos direitos econômicos, não restam dúvidas que os jogadores encontrarão adversidades para desenvolverem ainda mais seus talentos.

Ademais, há que se reconhecer a existência de uma forte influência de alguns investidores na relação de trabalho entre a entidade de prática desportiva e o atleta profissional, o que é regulamentado tanto pela Fifa quanto pela Lei Pelé no que concerne à proibição, conforme previsto no art. 18 Bis pelo regulamento da Fifa e art. 27-B da Lei 9.615/1998.

Não obstante a compreensão de que essa influência decorre dos riscos em que os atletas estão sujeitos, sejam em lesões durante a carreira, como também a perda

de interesse em continuar atuando enquanto profissionais no futebol, motivos que levam os investidores a garantir seus interesses. Há, porém, a necessidade de um novo regulamento relativo aos direitos econômicos, em que todos os envolvidos no cenário desportivo possam se assegurar ao instituto, eximindo qualquer dúvida sobre o assunto.

Como alternativa de solução ao tema, os clubes poderiam obter os seus próprios empresários, uma vez que a agremiação encontra-se desprotegida em meio ao processo evolutivo dos direitos econômicos no futebol profissional. Assim, geraria maior estabilidade de elenco e desaceleraria o elevado índice de rotatividade entre jogadores que ocorre nos dias atuais.

Em conclusão, concebe-se que os direitos econômicos não podem e nem devem ser proibidos no Brasil, tendo em vista que no cenário atual, tanto as entidades de práticas desportivas dependem da renda criada, quanto os investidores necessitam de retorno financeiro satisfatório, visto que somente deste modo há o interesse em investir novamente em outros atletas. Por outro lado, os aspectos que agora se fazem pendentes, certamente serão solucionados no momento em que regulamentarem as normas sobre o assunto, a fim de que os direitos econômicos não só se tornem um advento na história desportiva, como um instrumento de relevante evolução na qualidade dos atletas profissionais.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALFOSIN, Pedro Z. A influência de terceiros nos clubes e o novo regulamento da FIFA. (2008). Disponível em: [www.universidadedofutebol.com.br/Artigo/1549/buscar]. Acesso em: 15.07.2013.
- AMÉRICA FUTEBOL CLUBE. et al. Carta aberta. Ref: extinção/regulamentação dos direitos econômicos no futebol “TPO”. Disponível em: [<http://twitdoc.com/upload/motamarcos/tpo-carta-aberta.pdf>]. Acesso em: 16.06.2013.
- BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – DL-005.452-1943. (1943). Disponível em: [www.dji.com.br/decretos_leis/1943-005452-clt/clt442a456.htm]. Acesso em: 06.10.2013.
- _____. Lei 6.354/1976, de 02 de setembro de 1976. (1976). Disponível em: [www.cbc.esp.br/stjd/Legislacao/lei_6354_76.pdf]. Acesso em: 12.02.2013.
- _____. Lei 9.615, de 24 de março de 1998. (1998). Disponível em: [http://protegerbrasil.org.br/?page_id=147]. Acesso em: 15.02.2013.
- _____. Lei 12.395, de 16 de março de 2011. (2011). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12395.htm]. Acesso em: 06.05.2013.
- CATHARINO, José Martins. *Contrato de emprego desportivo no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1969.

- COSTA, Leda Maria da. *A trajetória da queda: as narrativas da derrota e os principais vilões da seleção brasileira em Copas do Mundo*. Tese de Doutorado em Literatura Comparada. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Educação e Humanidades, 2008.
- DINIZ, Helena Maria. *Tratado teórico e prático dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- FEDERAÇÃO PAULISTA DE FUTEBOL. Proforte busca crescimento olímpico em parceria com o futebol. (2012). Disponível em: [www.futebolpaulista.com.br/noticias/%C3%9Altimas/2012/08/20/Proforte+busca+crescimento+ol%C3%ADmpico+em+parceria+com+o+futebol]. Acesso em: 15.07.2013.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MELO FILHO, Álvaro. *Nova Lei Pelé: avanços e impactos*. Rio de Janeiro: Maquinária, 2011.
- _____. *O desporto na ordem jurídico-constitucional brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- OLIVEIRA, Washington Rodrigues de. *Curso de direito desportivo sistêmico. A cláusula Penal Desportiva: a falácia acerca de sua unilateralidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. vol. 2.
- PÉREZ, Juan de Dios Crespo. *Comentarios al Reglamento FIFA con análisis de Jurisprudencia de la DRC y del TAS*. Madrid: Dykinson, S.L., 2010.
- SANTORO, Luis Felipe Guimarães. Direitos federativos x econômicos. (2008). Disponível em: [futebolnegocio.wordpress.com/2009/02/08/direitosfederativos-x-economicos]. Acesso em: 04.07.2013.
- _____. As peculiaridades e especificidades do contrato de trabalho do atleta de futebol. *II Encontro Nacional sobre Legislação Esportivo-Trabalhista*. Dourados: Seriem, 2009.
- TOLEDO, Luiz Henrique. *Lógicas no futebol: dimensões simbólicas de um esporte nacional*. Tese de Doutorado em Antropologia, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2000.
- VEIGA, Maurício de Figueiredo Corrêa da. *A evolução do futebol e das normas que o regulamentam: aspectos trabalhistas-desportivos*. São Paulo: Ed. LTr, 2013.
- WIGGERS, Luis Roberto. O contrato de trabalho do atleta profissional de futebol. (2012). Disponível em: [www.revistadireito.unidavi.edu.br/wp-content/uploads/2012/06/Artigo_Luis_Roberto.pdf]. Acesso em: 05.02.2014.
- ZAINAGHI, Domingos Sávio. *Os atletas profissionais de futebol no direito do trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 1998.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- A legalidade da interferência de terceiros nas transferências de atletas, de Tiago Queiroz Da Costa – *RBDD* 22/13 (DTR\2012\451027); e
- Transferência negocial de atletas profissionais de futebol, de Gil Justen Santana – *RBDD* 19/57 (DTR\2011\1917).

LICENÇA DE USO DE IMAGEM – CONTRATO VÁLIDO OU FRAUDE TRIBUTÁRIA?

VINÍCIUS LEONARDO LOUREIRO MORRONE

Especialista em Direito Desportivo – Instituto Iberoamericano de Derecho Deportivo (IIDDD)/UniFia.
Graduando em Administração de Empresas na USP. Oficial de Promotoria do Ministério Público
do Estado de São Paulo.

ÁREA DO DIREITO: Desportivo, Constitucional

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo discutir os aspectos que circundam os direitos de imagem dos atletas profissionais e os contratos de licença de uso que são habitualmente firmados entre eles e as equipes às quais estejam vinculados.

Serão analisados, inicialmente, os sustentáculos jurídicos de tal direito, bem como as previsões legais que autorizam sua negociação, a natureza dos contratos e validade dos mesmos.

Em seguida, far-se-á uma fundamental distinção entre os conhecidos direitos de imagem e os direitos de arena, caracterizando-os a fim de minimizar confusões sobre o tema abordado.

Delineado o contrato de licença de uso de imagem, serão analisados os motivos que levam as partes a pactuarem sobre seu uso e a remuneração dele decorrente.

Finalmente, analisar-se-á a valoração da licença concedida, bem como a comprovação de uso efetivo que justifique o valor pago civilmente ao atleta, em medida proporcional ao pactuado.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos de imagem – Remuneração – Verba civil – Fraude trabalhista.

ABSTRACT: This study aims to discuss the issues that surround the image rights of professional athletes and use license agreements that are habitually signed between them and the teams to which they are bound.

We will initially analyze the legal underpinnings of this right, as well as the legal provisions that allow its negotiation, the nature of contracts and their validity.

Then, will be done a fundamental distinction between the Image Rights and the Rights of Arena, featuring them in order to minimize confusion about the topic.

Outlined the license agreement for the use of image, will analyze the reasons why the parties pact about their use and compensation arising therefrom.

Finally, it will examine the valuation of the license granted, as well as the effective evidence of use to justify the amount paid to the athlete civilly, in proportion to the extent agreed upon.

KEYWORDS: Image rights – Remuneration – Civil budget – Labor fraud.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Direito de imagem – Definição e base legal – 3. Direito de imagem e direito de arena – Diferenças significativas – 4. A necessidade de comprovação do uso da imagem – 5. Contrato de licença de uso de imagem – Vantagens e desvantagens – 6. Valoração do contrato de licença do uso de imagem – 7. Conclusão – 8. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos de imagem são constantemente discutidos por empregados e empregadores na Justiça do Trabalho, e tornam-se cada vez mais importantes em um universo de grande popularidade e visibilidade crescente como o cenário esportivo nacional.

Garantida constitucional e civilmente, a imagem é objeto de desejo das novas mídias, que trabalham majoritariamente com a exibição de imagens e sons, ambos protegidos pela Lei de Direitos Autorais.

Entretanto, por ser parte dos direitos da personalidade, a imagem individual não pode ser negociada, o que torna incorreto dizermos que um contrato permite a cessão da imagem de alguém, sendo negociado apenas o direito de uso da mesma, licença essa que deve ser temporária e não limitar o uso pelo detentor da imagem.

Tal contrato de licença de uso de imagem é um acordo civil entre as partes e, dessa forma, não é parte integrante do Contrato Especial de Trabalho Desportivo dos atletas profissionais, devendo ser firmado documento apartado com essa exclusiva finalidade.

A licença de uso de imagem, portanto, não pode ser confundida com o direito de arena, pago aos atletas em função da exibição onerosa das partidas em veículos de comunicação, negociada diretamente pelo empregador. Estes direitos possuem características trabalhistas e integram a remuneração do atleta.

Em razão de vantagens tributárias e fiscais, muitas vezes o contrato de licença de uso de imagem é utilizado de maneira fraudulenta, ficando desproporcional ao efetivo uso da imagem, bem como sua avaliação pelo mercado.

Como a licença de uso de imagem tem por fim autorizar o contratante a utilizar, para fins próprios, a imagem do contratado, para que o contrato não tenha sua validade questionada, é fundamental que aquele faça uso do direito contratado de forma efetiva, retendo consigo todos os documentos que possam comprovar a participação do atleta ou de sua imagem em favor de interesses do clube.

Não deve, também, o valor pago pelo uso da imagem do atleta ser superior ao valor que efetivamente tenha, sob pena de caracterizar uso fraudulento do contrato, o que acarretaria, como no caso anterior, a desconsideração do contrato civil, assumindo toda a remuneração característica trabalhista.

2. DIREITO DE IMAGEM – DEFINIÇÃO E BASE LEGAL

“Vertente do chamado direito da personalidade, o direito à imagem é uma prerrogativa tão importante que é tratada na Constituição Federal, no seu art. 5.º, X, que assegura inviolabilidade à honra e imagem, dentre outros atributos, e prevê o direito de indenização para a violação.”

É assim que o STJ define, em seu site, de forma sucinta, o que é direito de imagem, recobrando-a com proteção constitucional, como garantia fundamental do indivíduo.

Além da Carta Magna, os direitos à imagem são também regulados pela Lei 9.610, de 19.02.1998, lei essa que regulamenta os direitos autorais e que garante à imagem proteção e indenização em caso de uso não autorizado, e define que, por excelência, a licença de uso da mesma será presumida onerosa, caso silente o contrato.

Dúvidas podem surgir, entretanto, em razão de tais definições, uma vez que, determinando o STJ que a imagem faz parte dos direitos da personalidade, sua alienação ou cessão, ainda que por prazo determinado, seriam impossíveis, uma vez que, como nos ensina Bittar, tais direitos são “direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*” (1995, p. 11).

No mesmo sentido, temos também as palavras de Francisco Amaral, que nos traz que:

“São inerentes à pessoa, intransmissíveis, inseparáveis do titular, e por isso se chamam, também, personalíssimos, pelo que se extinguem com a morte do titular. Consequentemente, são absolutos, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e extrapatrimoniais” (2002, p. 247).

Tais vedações alinham-se com o disposto no Código Civil brasileiro, que, entretanto, com uma única expressão, abre a possibilidade de, legalmente, serem autorizadas as negociações de direitos da personalidade. Dispõe a lei que: “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Essa disposição abre caminho para que diversos direitos da personalidade sejam negociados, ainda que tais cessões sejam, muitas vezes, juridicamente questionáveis, tangenciando a legalidade, como diz Venosa:

“(…) há, porém, situações na sociedade atual que tangenciam a proibição. Na busca de audiência e sensacionalismo, já vimos exemplos de programas televisivos nos quais pessoas autorizam, que si vida seja cerceada e sua integridade física seja colocada em situações de extremo limite de resistência, etc. Ora, não resta dúvida de que, nesses casos, os envolvidos renunciam negocialmente a direitos em tese irrenunciáveis. A sociedade e a tecnologia, mais uma vez, estão à frente da lei mais moderna” (2002, p. 151).

O direito à imagem, portanto, não poderia ser negociado, se assumido o rígido termo da lei. Todavia, com o crescimento e fortalecimento da mídia e o crescente fluxo de imagens de pessoas através dela, com frequência de vinculações elevada, era necessário criar uma forma de regulamentar o uso da imagem.

E é em razão disso que a lei de direitos autorais inclui em seu texto a imagem como patrimônio autoral, não negociável, mas cujo uso pode ser cedido de forma

temporária, não superior a cinco anos, quando projetado futuramente, sendo presumido oneroso e exigindo contrato escrito, registrado junto ao Cartório de Títulos e Documentos.

Também vale ressaltar que, “o titular apenas concede o exercício do direito de exploração e não o próprio direito (...) o sujeito ativo não está cedendo a imagem a ninguém, apenas está autorizando sua exploração e veiculação” (GRISARD, 2002).

Mais recentemente, também a Lei 9.615/1998, através da alteração produzida pela Lei 12.395/2011 passou a dispor textualmente sobre os direitos de imagem, dizendo que: “Art. 87-A. O direito ao uso da imagem do atleta pode ser por ele cedido ou explorado, mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo”.

Tal contrato não deve ser confundido com o Contrato Especial de Trabalho Desportivo – CETD, que regula o vínculo empregatício existente entre o clube e o atleta, sendo este regido pelas disposições trabalhistas, em especial a Lei 9.615/1998 – Lei Pelé – e pelo Dec.-lei 5.452/1943, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Habitualmente, em paralelo ao CETD, para garantir o direito de explorar a imagem do atleta ininterruptamente durante o prazo contratual, as partes firmam entre si também um contrato de licença de uso de imagem.

O uso pontual da imagem, entretanto, pode ser autorizado de forma tácita, como em uma entrevista voluntariamente concedida, quando a pessoa posa para uma foto com um objeto de campanha publicitária ou quando puder ser identificada conduta comprobatória da concordância do uso por parte do titular da imagem.

Tais cessões não retiram do titular o direito à imagem, mas autorizam terceira pessoa a, concomitantemente, utilizar-se da imagem do cedente para os fins definidos no contrato, que podem ser amplos ou restritos, mas que, sendo amplos, não podem atentar contra outros direitos da personalidade, como a honra, a privacidade e a intimidade.

3. DIREITO DE IMAGEM E DIREITO DE ARENA – DIFERENÇAS SIGNIFICATIVAS

Constantemente confundidos, o direito de imagem e o direito de arena possuem características bastante distintas, que devem ser observadas academicamente, para minimizar equívocos jurídicos. Tais equívocos, entretanto, são plenamente compreensíveis, uma vez que o direito de arena, por sua natureza, é também um direito de imagem, conforme nos ensina o eminente Carlos Miguel Castex Aidar.

“O art. 42 da Lei 9.615/1998 não faz alusão a direito de arena, mas sim ao direito da entidade de prática desportiva de ‘negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão ou a retransmissão de imagem de espetáculo ou eventos desportivos de que participem’, sendo a referida lei uma extensão do direito de imagem previsto

no art. 5.º, XXVIII, *a*, da CF/1988, que cuida também da reprodução da imagem e voz humana nas atividades desportivas, não mencionando acerca do direito de arena. Logo, se o texto legal não faz qualquer menção a direito de arena, deduz-se disto que o direito de arena e direito de imagem não são figuras distintas, havendo similaridade entre ambas. A doutrina apenas adotou outra terminologia não prevista na lei.”

Inicialmente, cabe destacar a titularidade de tais direitos. O direito de imagem, como direito personalíssimo, é de titularidade do atleta, dono da imagem, e é ele quem perceberá a remuneração contratualmente pactuada, de forma direta, enquanto o direito de arena é de titularidade da entidade de prática desportiva, possuidora dos direitos de imagem dos confrontos em que esteja envolvida, que deverá repassar, salvo convenção em contrário, 5% do valor recebido para o sindicato ao qual estão vinculados seus atletas, que, por sua vez, fará o repasse, dividindo o valor total em partes iguais entre todos os participantes do evento, como contrapartida pela exposição de suas imagens durante o evento.

O fato gerador do direito de recebimento de tais verbas também é bastante diferente. Enquanto para receber as verbas de direito de imagem basta ao atleta a assinatura do contrato com a entidade contratante, independente do uso de sua imagem por ela, ou mesmo da existência de um contrato de trabalho, uma vez que são totalmente independentes os contratos, o direito de arena possui uma gama de requisitos maior.

Para que um atleta faça jus ao recebimento de verbas relativas ao direito de arena, além de estar regularmente vinculado a uma entidade de prática desportiva, registrado junto à federação e com condições de atuar, o atleta deve possuir contrato especial de trabalho desportivo, pois somente atletas profissionais fazem jus ao recebimento das verbas relativas ao direito de arena, a partida deve gerar receitas de transmissão, vez que sem elas não há o que se partilhar entre as partes, e ele deve efetivamente participar do embate.

Dúbia, porém, é a definição de participação no evento esportivo, a fim de determinar quem por direito deverá receber parcela dos direitos de arena. A simples presença entre os relacionados, ainda que não configure participação efetiva na partida, faz com que o atleta seja parte do evento desportivo de forma geral, sendo frequentemente focalizado por câmeras de transmissão, tendo sua imagem vinculada à do evento. Sobre isso, os sindicatos de atletas têm definido que receberão as parcelas todos os atletas que entrarem em campo durante a contenda, participando ativamente do evento.

Finalmente, há diferença entre as naturezas das duas verbas, sendo que o direito de imagem é, desde que não seja decorrente de um contrato fraudulento, uma verba de natureza puramente cível, ao passo que o direito de arena, dependente da existência de um contrato de trabalho é deste uma verba assessória, tendo, portan-

to, natureza trabalhista e deve ser considerado parte da remuneração do atleta para os fins jus-laborais.

Nesse sentido, a “Lei Pelé” é clara: “Art. 31 (...) § 1.º São entendidos como salário, para efeitos do previsto no *caput*, o abono de férias, o décimo terceiro salário, as gratificações, os prêmios e demais verbas inclusas no contrato de trabalho”.

Isso deixa claro que, por ser verba decorrente do contrato de trabalho e da prestação laboral, o direito de arena é, sim, entendido como verba de natureza salarial pela legislação desportiva, sobre o que nos sustenta Jorge Miguel Acosta Soares, trazendo que:

“(…) se apenas os atletas que, por meio de um contrato de trabalho, estão vinculados a um clube podem receber a cota-parte do direito de arena, logo essa verba tem natureza salarial, sobre a qual devem recair todos os reflexos trabalhistas. Essa conclusão decorre da análise do § 1.º do art. 31 da Lei 9.615/1998 (...)” (apud AIDAR, 2012).

4. A NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO USO DA IMAGEM

Por ser contrato de natureza cível, para não configurar fraude, deverá o contratante, entidade de prática desportiva, fazer uso efetivo da imagem do contratado, atleta. É nesse sentido que aponta a jurisprudência, alinhando-se a tal entendimento o Ministério Público do Trabalho, MPT.

“Ementa: TRT/PR 03.08.2012 atleta profissional de futebol. Direito de imagem. Contrato de cessão de uso de imagem (arena). Não configuração. Não há impedimento legal para a celebração de contrato entre a empresa que comercializa a exposição da imagem do atleta com a entidade de prática desportiva que contrata o atleta, em vínculo de emprego, mormente em razão do vínculo desportivo existente entre este e a agremiação. Todavia, *cabere averiguar se o contrato firmado com esse fim pelo clube empregador está efetivamente relacionado com a divulgação da imagem do atleta pelo clube*, ou é meio para burlar a legislação trabalhista, fiscal e tributária, revestindo-se de real contraprestação laboral. *In casu*, o reclamado não logrou comprovar, como era seu encargo, pois fato impeditivo do direito vindicado (arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC), *que o valor mensal adimplido ao reclamante era efetiva contrapartida financeira pela licença do uso de imagem*. O preposto confessou que não foi produzido qualquer material esportivo com o nome do reclamante. Assim, visível que o valor recebido sob a rubrica ‘direito de imagem’ era contraprestação paga diretamente pelo empregador ao empregado em razão dos serviços realizados pelo atleta contratado, ou seja, salário” (TRT-9.^a Reg., 2330520109908 PR 23305-2010-9-9-0-8, 7.^a T., rel. Ubirajara Carlos Mendes, de 03.08.2012, grifo nosso).

Temos também, apontando no mesmo sentido, o termo de ajuste de conduta firmado entre o MPT e a Associação Atlética Ponte Preta, de Campinas, que

diz, em uma de suas cláusulas, o compromisso de não assinatura de contrato de licença de uso de imagem e voz com atletas que não participam efetivamente de eventos ligados à contratante, *ipsis litteris*: “2. Compromete-se a, a partir desta data, somente firmar contratos de direito de exploração de imagem e voz quando o atleta participar de campanhas de promoções próprias e da Associação Atlética Ponte Preta” (Termo Aditivo de Ajuste de Conduta 8562/2010, Inquérito Civil 000944.2005.15.000/806, Procurador do Trabalho Fábio Massahiro Kosaka).

Em adição, temos decisão do TRT-18.^a Reg., que desconsidera o contrato de licença de uso de imagem, dando à remuneração prevista no mesmo reconhecimento salarial, e conseqüente anotação na CTPS.

“Ementa: Treinador profissional. Contrato de cessão do uso do direito de imagem. Nulidade. Natureza salarial das verbas estabelecidas a tal título. Constatando-se a tentativa da entidade desportiva empregadora de desvirtuar o propósito do contrato de cessão do uso do direito de imagem, estabelecendo valores exorbitantes a tal título, de forma a compensar o baixo salário registrado na CTPS, com o objetivo de mascarar a real remuneração atribuída ao treinador profissional, e por conseqüência, isentar-se de grande parte dos encargos fiscais, previdenciários e trabalhistas, há que ser declarado nulo o ajuste neste sentido, e reconhecer-se a natureza salarial das verbas nele estabelecidas.” (TRT-18.^a Reg., 1386201000418004 GO 01386-2010-004-18-00-4, rel. Júlio César Cardoso de Brito, de 14.12.2010).

Essas visões deixam claro que, não havendo uso dos direitos adquiridos através do contrato de licença de uso de imagem, o mesmo será considerado fraudulento, sendo as remunerações dele decorrentes consideradas salário, para todos os fins.

Mas não são todos os contratos de licença de uso de imagem assim considerados, uma vez que, comprovado o efetivo uso, compatível com o valor pago por tais direitos, é absolutamente válido o contrato, com fundamento legal, e reconhecimento jurisprudencial. Abaixo transcrito, acórdão do E. TRT-5.^a Reg. que corrobora a validade de tais contratos.

“Ementa: Atleta profissional de futebol. Contrato de cessão de uso da imagem. Fraude. Não configuração. Se o pedido de caracterização, como salário, do pagamento a título de uso da imagem do atleta, funda-se em fraude, porque, nos termos da inicial, objetivou remunerar apenas o exercício da atividade esportiva, descabe o seu deferimento na hipótese em que fica comprovado, por confissão do reclamante, que ele participava de eventos outros onde, de fato, havia o uso da imagem, da voz, do nome profissional e do apelido, cujo contrato de cessão visou regular e retribuir.” (TRT-5.^a Reg., RO 1376200302105006 BA 01376-2003-021-05-00-6, 3.^a T., rel. Alcino Felizola, de 16.12.2006).

É estrepitosamente recomendado, para garantia jurídica, o arquivamento de todos os comprovantes possíveis das incursões de imagem do atleta que forem realizadas durante a vigência do contrato, como fotos de participações em eventos, con-

tratos e reportagens. Tais documentos poderão servir, em momento futuro, para a comprovação de que os valores presentes no contrato são a contrapartida financeira para o efetivo uso da imagem.

5. CONTRATO DE LICENÇA DE USO DE IMAGEM – VANTAGENS E DESVANTAGENS

Com tantos poréns envolvidos no contrato de licença de uso de imagem, é fundamental analisarmos os motivos que levam as partes a firmarem tal acordo paralelamente ao contrato especial de trabalho desportivo.

Inicialmente, temos a efervescência do mercado publicitário nacional, ao passo que as figuras de atletas e clubes também ganham espaço na mídia. Essa combinação de fatores fez deles alvos habituais de empresas que desejam difundir suas marcas, tendo ou não relação direta com o esporte.

Entretanto, como o mercado ainda não é consolidado e o volume de eventos que contam com participações de atletas e técnicos ainda é pequeno, a análise do que leva os profissionais ligados a essas negociações a buscarem sempre um acordo envolvendo parte da remuneração do atleta como direito de imagem é algo intrigante.

O primeiro motivo, quando analisamos os casos não fraudulentos, certamente é administrativo e envolve puramente o poder de negociação. Aos clubes é interessante adquirir a licença de uso da imagem de seus atletas antes destes possuírem efetivamente propostas de atuação, tornando a valoração do contrato mais flexível, propiciando muitas vezes um acerto por valor inferior.

Mas este certamente não é o principal motivo para as partes pactuarem que a remuneração seja paga parcialmente através de contratos cíveis de direitos de imagem.

Para os clubes, a parcela da remuneração paga a título de “direito de imagem” deixa de gerar custos e encargos trabalhistas, que onerariam a entidade contratante caso fossem pagas a título de salário. Assim sendo, não refletem nos valores pagos a título de férias, 13.º salário, FGTS e verbas rescisórias, entre outros.

Para os atletas a vantagem é tributária e também de alto impacto financeiro. Ao transmitirem a negociação do uso de sua imagem para pessoas jurídicas, habitualmente de titularidade deles mesmos, os valores recebidos em função de tais negociações são tributados não com base nas alíquotas destinadas às pessoas físicas, mas sim às pessoas jurídicas, sensivelmente inferiores.

Essa foi a posição adotada pelo hoje gerente de futebol do São Paulo Futebol Clube, Gustavo Cecílio Vieira de Oliveira, no ano de 2002, quando, em artigo publicado pela *Revista Brasileira de Direito Desportivo*, escreveu que:

“Com o objetivo de menor incidência fiscal na relação de trabalho, associações e atletas adotaram a postura de justificar parte da remuneração pactuada como sendo pela cessão do uso da imagem do atleta em benefício do clube. A natureza trabalhista desse montante ficaria mais distante pelo fato de essa operação se

dar mediante a transferência desse direito de uso do atleta a uma pessoa jurídica constituída exclusivamente para esse fim e dessa para a associação contratante dos serviços profissionais”.

Sobre isso, temos também as palavras de Paulo Henrique Bracks Duarte, que nos traz que:

“Isso ocorre – frisa-se com assaz frequência hoje no meio futebolístico – tendo em vista que em primeira análise os contratantes entendem que estariam pagando menos impostos. Para o jogador, recolher-se-ia 27,5% de Imposto de Renda de seu salário no CTPS e somente 8,5% do valor do contrato de imagem, posto haver aqui uma pessoa jurídica e não física. Para o clube, esses valores maiores do que os constantes na carteira não incidiriam nas verbas rescisórias – férias, 13.º, FGTS, INSS, etc. –, por ser o contrato de natureza civil e não trabalhista. A atratividade do negócio parece axiomática para ambos” (DUARTE, 2004).

Tais posições retratam que, apesar de muitas vezes o atleta alegar ter sido compelido pelo clube a assinar o contrato de licença de uso de imagem, a fim de fraudar o contrato de trabalho, as vantagens são bilaterais e, no estágio atual de desenvolvimento do esporte no país, não há como se alegar desinformação, evidenciando que repetidas vezes o atleta assina o contrato civil já prevendo uma futura ação junto à Justiça do Trabalho, agindo, em certos casos, de forma contrária à boa fé.

6. VALORAÇÃO DO CONTRATO DE LICENÇA DO USO DE IMAGEM

Ainda que não exista formalmente qualquer balizador para o valor a ser pago em face da licença do uso de imagem, temos que ele deve representar o efetivo impacto provocado pela presença do atleta, bem como sua avaliação junto ao mercado.

Como o impacto de um atleta é, normalmente, proporcional à sua performance em campo, não há como dissociar os valores por ele recebidos a título de salário dos valores ligados à exploração de sua imagem. Por este motivo, deve ser mantida a proporcionalidade entre estes valores.

Também é esse o sentido em que aponta a jurisprudência, como pode ser visto através da decisão do TRT-3.^a Reg., que, ao julgar o caso do atleta Rodrigo de Angelo Freitas, que recebia a título de salário o valor de R\$ 700,00 enquanto recebia como contraprestação pela licença do uso de sua imagem o montante de R\$ 16.685,21, decidiu que:

“Assim, diante de tamanha desproporção, a parcela paga a título de imagem não visa, portanto, meramente indenizar o atleta por sua atuação nos eventos esportivos, mas sim o de remunerar por tal participação, passando tal verba a ostentar natureza contraprestativa e não cível, integrando a remuneração do atleta por sua participação nos eventos desportivos” (Processo 01493-2012-036-03-00-0-RO, rel. José Nilton Ferreira Pandelot).

Todavia, esse balizador não pode ser assumido como absoluto, uma vez que, quando assinados os contratos, pode-se esperar de um atleta um retorno muito maior de sua imagem que propriamente de sua performance esportiva, por diversos motivos.

Caso emblemático nesse sentido foi a contratação do atleta Ronaldo pelo Sport Club Corinthians Paulista. Após graves lesões no joelho e um histórico físico que sabidamente lhe restringiria a performance nas atividades esportivas, o atleta possuía imensurável apelo de *marketing* e uma marca associada de valor extremamente elevado. Sendo assim, não seria fraudulento, por exemplo, que recebesse 80% de sua renda a título de remuneração pelo uso da imagem.

Este, todavia, não pode ser visto como um parâmetro para a mensuração do valor pago a título de licença de uso de imagem, uma vez que se aplica a número ínfimo de atletas, sendo a realidade da enorme maioria mais próxima à inexistência de valor comercial da imagem ou, em cerca de 5% dos casos, com a imagem tendo valor igual ou inferior à performance esportiva.

Por tal motivo, ainda que deva ser analisada casuisticamente a valoração determinada para o contrato de licença de uso de imagem, tem-se que, em regra geral, este não pode ser superior aos vencimentos trabalhistas percebidos pelos atletas.

7. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, compreendemos que os direitos de imagem são uma vertente dos direitos da personalidade, constitucionalmente garantidos, irrenunciáveis e inegociáveis, sendo autorizado transacionar, apenas, licença temporária para seu uso.

Com a mesma origem e base similar, todavia, os chamados direitos de arena não podem ser confundidos com os direitos de imagem, quando se analisa da óptica dos atletas, uma vez que estes são direitos civis de sua própria titularidade, enquanto aqueles são direitos trabalhistas decorrentes de um direito civil de titularidade das entidades de prática desportiva, ainda que nos dois casos a remuneração esteja vinculada à utilização da imagem por terceiro.

Após o estudo, nos soa evidente a legalidade dos contratos de licença de uso de imagem entre atletas profissionais e entidades de prática desportiva, ressaltando-se que, para que não sejam considerados fraudulentos, deverão ser comprovados o uso efetivo do direito adquirido e a proporcionalidade do valor por ele pago.

Por fim, temos que, atendidos tais requisitos, não há que se falar em fraude-lência contratual, sendo seus rendimentos, portanto, verbas de natureza civil, sem qualquer correlação com a remuneração do atleta e com seu Contrato Especial de Trabalho Desportivo.

8. BIBLIOGRAFIA

- AIDAR, Carlos Miguel C. Direito à imagem e direito de arena – Aspectos controversos. Disponível em: [www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1230]. Acesso em: 11.09.2013.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- DUARTE, Paulo Henrique Bracks. O contrato de trabalho do atleta profissional de futebol. Disponível em: [http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/dissertacoes%20e%20teses/duarte_2004_ctoatletafutebol.pdf]. Acesso em: 13.11.2013.
- GRISARD, Luiz Antônio. Considerações sobre a relação entre contrato de trabalho de atleta profissional de futebol e contrato de licença de uso de imagem Disponível em: [<http://jus.com.br/artigos/3490/consideracoes-sobre-a-relacao-entre-contrato-de-trabalho-de-atleta-profissional-de-futebol-e-contrato-de-licenca-de-uso-de-imagem>]. Acesso em: 13.09.2013.
- OLIVEIRA, Gustavo Cecílio Vieira de. O direito de imagem na relação de emprego esportiva. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*, 2002/1.
- _____. Direito à imagem: um direito essencial à pessoa. STJ, 2011. Disponível em: [www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=101305]. Acesso em: 10.09.2013.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – Parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A utilização do contrato de licença de uso de imagem do atleta profissional como mecanismo de violação da legislação trabalhista brasileira, de José Alexandre Cid Pinto Filho – *RBDD* 12/116 (DTR\2011\2243);
- Breves comentários sobre temas relacionados ao direito de imagem no âmbito do futebol profissional brasileiro, de Luiz Otávio Rodrigues Ferreira – *RBDD* 1/45 (DTR\2011\1964); e
- Direito à imagem no direito do trabalho: direito à imagem do atleta profissional de futebol de Eliegi Tebaldi, Jólia Lucena da Rocha Melo e Lucina Estevan Cruz de Oliveira – *RBDD* 23/121 (DTR\2013\3334).

A LIMITADA EFETIVAÇÃO DA TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

E O TRABALHO INFANTIL NAS CATEGORIAS DE BASE DOS TIMES DE FUTEBOL DE MENOR EXPRESSÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DANIEL RODRIGUES THOMAZELLI

Graduando em Direito pela Universidade Federal Fluminense,
Instituto de Ciências da Sociedade – Macaé, Departamento de Direito.

ÁREA DO DIREITO: Infância e Juventude; Desportivo; Constitucional

RESUMO: Este presente estudo busca verificar se clubes de futebol profissional de menor investimento do Estado do Rio de Janeiro estão respeitando os Direitos Humanos da criança e do adolescente, mais especificamente no que tange à exploração do trabalho infantil. Através de entrevistas feitas com atletas de 14 e 15 anos, vinculados a estes clubes, verificou-se que existem enormes indícios de que tais direitos não vêm sendo tutelados conforme a legislação pátria e os tratados internacionais dispõem. Através dos resultados obtidos é possível concluir que no Brasil, país sede Copa do Mundo de 2014, o esporte paixão popular do povo é uma das atividades onde se encontra a exploração de trabalho infantil.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos – Trabalho infantil – Criança e adolescente – Futebol – Categorias de base.

ABSTRACT: This present study aims to verify if professional football clubs of lower investment from the State of Rio de Janeiro are respecting human rights of children and adolescents, specifically regarding the exploitation of child labor. Through interviews with athletes aged 14 and 15, it was found that there are huge signs that such rights are not being protected as the national law and international treaties rules. From the results we conclude that in Brazil, the host country of 2014 World Cup, the popular passion sport is one of the activities where the exploitation of child labor is founded.

KEYWORDS: Human rights – Child labor – Child and adolescent – Football – Base categories.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Da realidade social dos jovens que ingressam nas categorias de base e a busca do sonho de se tornarem jogadores profissionais – 3. Das normas internacionais e pátrias sobre a proteção dos direitos da criança e do adolescente: 3.1 Convenção sobre os Direitos da Criança; 3.2 Da proteção da criança e do adolescente no direito positivo brasileiro – 4. Do trabalho infantil e da sua proteção nas normas nacionais e internacionais: 4.1 Dos contratos com atleta em formação na legislação nacional sobre o desporto – 5. Da realidade

nas categorias de base dos clubes de menor investimento do Estado do Rio de Janeiro: 5.1 Do direito à educação; 5.2 Do direito à saúde e à alimentação; 5.3 Corpo de profissionais especializados em formação técnico desportiva; 5.4 Do trabalho infantil – 6. Conclusão – 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

“Brasil, o país do futebol!” Tal alcunha não foi adquirida por acaso, mas sim devido ao enorme sucesso internacional do futebol desenvolvido no país.¹ A Seleção Brasileira de futebol, ao longo de quase 100 anos disputando as principais competições ao redor do globo, conquistou, dentre outros, cinco títulos da Copa do Mundo, quatro títulos da Copa das Confederações e oito títulos da Copa América, adquirindo o respeito e a admiração das demais nações pela qualidade do futebol jogado no país e pela capacidade de revelar jogadores.

A prática do esporte no Brasil, no que tange à disputa das competições de alto nível, assim como em boa parte do planeta, adquiriu enorme efeito global e midiático, sendo excelente veículo de divulgação de mensagens publicitárias. Hoje o futebol faz circular vultosas quantias de dinheiro dentre seus envolvidos, sejam clubes, jogadores, comissão técnica, dirigentes, imprensa, mídia, etc. Este poderio econômico traz para os jogadores profissionais de futebol de alto nível um conforto e estabilidade financeira para toda a vida, e até mesmo gerações.

Muito embora o “mundo do alto nível do futebol” no Brasil predomine, seja na mídia especializada, ou em revistas que abordam o cotidiano de pessoas famosas, a realidade destes jogadores não pode ser taxada como padrão dos jogadores profissionais de futebol no país. Segundo dados do Registro Geral de Atletas da Confederação Brasileira de Futebol (CBF),² até o dia 21.09.2013, menos de 24% dos atletas profissionais de futebol do Estado do Rio de Janeiro tinham contrato assinado com os chamados “times grandes”, aquelas equipes que disputam a primeira divisão do futebol nacional, que pagam altos salários a seus jogadores, e que podem proporcionar a alguns de seus jogadores grande destaque no cenário nacional. Estes dados devem ser considerados com ressalvas, pois dos 114 atletas cadastrados pelo Fluminense Football Club, por exemplo, aproximadamente 30 pertencem ao elenco principal, estando os demais excluídos desta quase que utópica vida dos sonhos dos jogadores de futebol de alto rendimento, o que evidencia que na prática tal percentual possa ser bem menor.

1. Artigo vencedor do II Prêmio Juíza Patrícia Acioli de Direitos Humanos, promovido pela Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro, em parceria com o Tribunal de Justiça do Estado.

2. Disponível em: [www.cbf.com.br/BID/Registro%20Geral%20de%20Atletas].

Este estudo objetiva analisar a situação dos atletas que hoje se encontram nas chamadas categorias de base dos clubes de futebol profissional. Categorias essas que a grande mídia quase não dá atenção, e cuja realidade é desconhecida por uma enorme parcela de nossa sociedade.

Infelizmente, a atenção da mídia se voltou, momentaneamente, para este grupo no início do ano de 2012, quando um adolescente de 14 anos faleceu ao realizar testes para ingressar nas categorias de base do Clube de Regatas Vasco da Gama, clube que assim como o já citado Fluminense, o Clube de Regatas do Flamengo, e o Botafogo Futebol Clube, integra o seleto rol dos “times grandes” do futebol do Rio de Janeiro. A morte deste jovem trouxe à tona a difícil realidade das condições das categorias de base do futebol, mais especificamente da exploração do trabalho infantil.

Nos meses seguintes o Vasco da Gama teve o seu Centro de Treinamento das Categorias de Base interditado por ordem da Justiça, depois de averiguadas uma série de exigências feitas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, dentre elas “a falta de exames médicos prévios para os atletas da peneira, falta de ambulância no centro de treinamento e a má condição do restaurante do estádio”.³

Diante de tal situação apurada pela imprensa no Vasco da Gama, um dos clubes mais tradicionais do futebol brasileiro, verificamos a necessidade de se averiguar na prática a observância e o respeito aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, as normas internacionais e a legislação pátria, pelos clubes de menor investimento do Estado do Rio de Janeiro. Para tanto, serão considerados dispositivos que tutelam os direitos fundamentais da criança e do adolescente na Convenção sobre os Direitos da Criança, na Convenção n. 138 sobre a Idade Mínima de Admissão ao Emprego, bem como na Constituição Federal, na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e na Lei 9.615, de 24.03.1998 (Lei Pelé), a qual regula o desporto nacional. Diante deste contexto normativo, maior atenção será dada à exploração do trabalho infantil por estes clubes.

Com este objetivo, entrevistamos atletas de 14 e 15 anos, que atuaram no ano de 2013 em jogos oficiais promovidos pela Federação de Futebol do Estado do Rio de Janeiro (FFERJ). A limitação relativa à idade diz respeito ao tipo de contrato que pode ser celebrado entre estas crianças e adolescentes e os clubes de

3. CT das categorias de base do Vasco onde atleta morreu é fechado por ordem da Justiça. Disponível em: [www.otempo.com.br/superfc/futebol/ct-das-categorias-de-base-do-vasco-onde-atleta-morreu-%C3%A9-fechado-por-ordem-da-justi%C3%A7a-1.142789]. Acesso em: 06.09.2013.

futebol.⁴ Escolhemos, aleatoriamente, 12 clubes das três divisões do futebol no Estado e entrevistamos um atleta de cada equipe, com perguntas fechadas sobre o vínculo que detinham com o clube naquele momento, a estrutura das categorias de base e as condições a eles oferecidas. O objetivo destas perguntas é verificar se no Brasil, país que tem como meta a erradicação do trabalho infantil, existe sua exploração no meio do futebol e em que medida os direitos da criança e do adolescente estão sendo respeitados. A fim de preservar os atletas que colaboraram com nossa pesquisa, não revelaremos suas identidades nem os clubes aos quais se encontravam filiados.

2. DA REALIDADE SOCIAL DOS JOVENS QUE INGRESSAM NAS CATEGORIAS DE BASE E A BUSCA DO SONHO DE SE TORNAREM JOGADORES PROFISSIONAIS

A grande maioria dos atletas que atingem o topo da carreira de jogador de futebol vem de classes sociais menos privilegiadas e sofrem uma brusca mudança de realidade ao assinarem seu primeiro contrato profissional.⁵ Do dia para a noite os jogadores mudam de uma realidade de extrema pobreza e passam a lidar com altos salários e uma vida repleta de fama e regalias, sendo o futebol hoje, talvez, a forma mais rápida de brusca ascensão social lícita no Brasil.⁶ Muitos destes atletas não foram preparados para administrar não só as fortunas que passaram a receber, mas essa nova vida, repleta de holofotes, cobiças e tentações. Este contexto nos apresenta uma série de questões filosóficas, antropológicas e sociológicas, contudo, esse não é o principal objeto do nosso estudo. Queremos nos ater ao que o vislumbre desse poderio econômico, materializado em carros de luxo, mansões, joias, relógios e fama, ou simplesmente a possibilidade de dar uma vida melhor a suas famílias, conquistado através do futebol, por uma minoria de jogadores profissionais pode causar nas mentes de uma quantidade enorme de jovens de comunidades carentes espalhadas por todo o Brasil.

O futebol pelos olhares destes jovens excluídos socialmente, que dificilmente tem acesso a uma educação de qualidade, é visto como trampolim para uma vida

4. Conforme exposto abaixo, os termos criança e adolescente serão utilizados e conjunto neste artigo.

5. NEVES, 1982 apud TEIXEIRA, Carlos Eduardo Senareli; LIMA, Edimilson Duarte de; LAUER, Rafael Nuernberg. Da pobreza ao sucesso: O imaginário social de jogadores de futebol oriundos de comunidades com baixa renda e que ascenderam socialmente. Disponível em: [www.encontro2011.abrapso.org.br/trabalho/view?ID_TRABALHO=3559]. Acesso em: 01.10.2013.

6. BALZANO, Otávio Nogueira. A formação do jogador de futebol e sua relação com a escola. *EFDeportes.com, Revista Digital*. ano 17. n. 172. Buenos Aires, set. 2012. Disponível em: [http://www.efdeportes.com/efd172/a-formacao-do-jogador-de-futebol.htm]. Acesso em: 05.10.2013.

mais digna.⁷ Ao lado da criminalidade, o futebol é a única forma de ascensão social rápida destes garotos que se imaginam como o Ronaldo Fenômeno, Romário, Ronaldinho Gaúcho e mais recentemente o Neymar, todos estes craques da seleção de futebol mais vitoriosa do mundo, que detém ou detinham contratos milionários com clubes de futebol, e saíram, por meio do futebol, da extrema pobreza.

“Apresentados apenas ao lado ‘positivo’ da profissão, destacando o sucesso de alguns dos nossos principais jogadores, faz com que muitos jovens, seduzidos por uma vida social de *status* e independência financeira e incentivados por seus pais, visualizem a carreira de jogador de futebol profissional como uma das mais promissoras.”⁸

Em busca do sonho de se tornarem jogadores de futebol, almejando poderem proporcionar uma vida mais confortável para si e para sua família, milhares de jovens, desde a mais tenra idade, tentam ingressar nas chamadas categorias de base dos clubes de futebol profissional. Estas categorias são de acesso ao time principal, suas faixas etárias e nomenclaturas variam conforme cada federação estadual. No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, a FFERJ organiza campeonatos de base para atletas a partir de 14 anos, porém, algumas equipes iniciam seu trabalho de formação de atletas desde os nove anos.⁹

As categorias de base são um universo paralelo se comparado ao investimento e à visibilidade do futebol profissional. Os patrocínios recebidos são proporcionais à capacidade de público daquela categoria. Sem atingir atenção da mídia e com reduzido público, as categorias inferiores ao profissional são carentes de investimentos por patrocinadores ou colaboradores dos clubes de futebol. As categorias de base vivem às margens do futebol profissional, não havendo o mesmo investimento pelos dirigentes dos clubes, que o dedicado ao profissional.¹⁰

Mesmo cientes desta realidade, a procura de jovens das mais tenras idades por clubes para atuar nas categorias de base é enorme, e a oferta de vagas é bastante

7. TEIXEIRA; LIMA; LAUER, Op. cit.

8. AMARAL, Paulo Roberto Trombini, et al. Os motivos que levaram jogadores de futebol amador a abandonarem a carreira de jogador profissional. *EF y deportes*. ano 12. n. 115. Buenos Aires, dez. 2007. Disponível em: [www.efdeportes.com/efd115/motivos-que-levaram-a-abandonarem-a-carreira-de-jogador-profissional.htm]. Acesso em: 27.08.2013.

9. No Rio de Janeiro as divisões por faixa etária são feitas da seguinte forma:
Pré Mirim – 9 a 11 anos;
Mirim – 12 e 13 anos;
Infantil – 14 e 15 anos;
Juvenil – 16 e 17 anos;
Juniões – 18 a 20 anos.

10. REZENDE, José Ricardo. *Nova legislação de direito desportivo: preparando o Brasil para a Copa de 2014 e Olimpíadas 2016*. São Paulo: All Print, 2010.

reduzida. Por isso estes atletas mirins não buscam fazer os processos seletivos apenas daqueles clubes que oferecem as melhores condições de formação nas categorias de base, o importante é estar ligado a um clube. Esta realidade é ilustrada por alguns chavões corriqueiros no ambiente futebolista, tais como: “nada vem fácil” e o “tem que ralar”. Estes chavões são incorporados ao pensamento desses jovens como uma sensação de desafio, de que para obter sucesso na carreira, eles terão necessariamente de superar qualquer adversidade, por mais absurda que ela possa parecer.

Iremos ao longo deste estudo traçar um panorama das condições oferecidas pelos clubes aos seus jovens atletas. Esta análise considera o fato de que em busca do sonho de se tornar jogador de futebol profissional, galgando a já referida ascensão econômica e, vislumbrando uma vida de fama e sucesso, os jovens que hoje buscam ingressar nas categorias de base não escolhem os clubes pelas condições que eles oferecem nas categorias de base, mas sim pelo que um dia eles possam vir a alcançar na categoria profissional.

A busca por espaço e destaque dentro das categorias inferiores começa desde cedo, e a pressão que paira sob milhares de crianças e adolescentes é enorme. A cada ano que se passa, e, conseqüentemente, a cada ascensão de categoria é comum que os próprios atletas e, principalmente, a comissão técnica repita a seguinte expressão: “O funil está apertando!”. Essa expressão reflete a realidade de que muitos jovens que se encontram nas categorias de base das equipes de futebol, não se tornarão atletas profissionais. O Registro Geral de Atletas da CBF¹¹ traz números que solidificam a metáfora do funil. Em 23.08.2013 haviam 12.562 atletas de futebol amador devidamente regularizados no Estado do Rio de Janeiro, dentre os profissionais, este número era 1.676. Ou seja, caso a proporção se mantenha, apenas 13% destes garotos que hoje mantêm vivo o sonho de se tornarem jogadores profissionais conseguirão concretizá-lo.

Diante do sonho de milhares de crianças e adolescentes em se tornar jogador de futebol, do reduzido número de vagas nas categorias de base de clubes profissionais, da pressão que paira sob esses garotos e do corriqueiro risco de dispensa comprovado matematicamente acima, atletas que já conseguiram ingressar nas divisões inferiores do futebol de equipes profissionais irão fazer de tudo para conseguirem atingir seu objetivo. Eles suportarão quaisquer infortúnios até o limite de suas forças, nunca desistindo do sonho de se tornarem jogadores profissionais de futebol.

11. Disponível em: [www.cbf.com.br/BID/Registro%20Geral%20de%20Atletas].

3. DAS NORMAS INTERNACIONAIS E PÁTRIAS SOBRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Já verificado o tamanho vislumbre que a profissão de jogador de futebol causa nas crianças e adolescentes brasileiros e como o sonho de um dia se tornarem atletas bem sucedidos faz com que eles encarem qualquer tipo de adversidades em busca do seu objetivo, trataremos de analisar ao longo deste estudo quais poderiam ser estas adversidades. Antes apresentaremos uma breve síntese sobre as normas nacionais e internacionais que regulam o tratamento dos direitos da criança e do adolescente, com especial ênfase no tema do trabalho infantil. Busca-se aqui compreender melhor a legislação que ampara esses adolescentes que estão em busca do sonho de se tornarem jogadores profissionais.

3.1 *Convenção sobre os Direitos da Criança*

Visando proteger ainda mais os Direitos Humanos, as Nações Unidas, em 1989, conceberam a Convenção Sobre os Direitos da Criança. Tal Convenção foi o primeiro texto em âmbito internacional com caráter vinculante que consagrou “a criança como um sujeito de direito na ordem global dos direitos humanos”.¹² Seu art. 1.^o¹³ define criança como “todo ser humano com menos de 18 anos de idade”.

A Convenção tem como objetivo a proteção por todos os Estados de qualquer forma de discriminação contra a criança, e a garantia de uma assistência apropriada em busca de um desenvolvimento individual e social saudável da infância. Ela estabelece que as crianças devem crescer em um ambiente familiar, para que seja garantido o desenvolvimento de sua personalidade. A fim de que os objetivos nela traçados sejam atingidos, os Estados devem respeitar os direitos que nela foram declarados. Dentre elas temos:

“(...) (a) o direito à vida; (b) o direito a ter uma nacionalidade; (c) o direito à educação; (d) o direito à segurança; (e) o direito à livre circulação; (f) o direito à liberdade de pensamento e consciência; (g) o direito a ter uma religião; (h) o direito à saúde; (i) a proteção de interesses em caso de adoção; (j) a proteção ante a separação dos pais; (l) a proteção contra o abuso e exploração sexual; (m) a proteção contra o envolvimento com uso e tráfico de drogas; (n) a proteção contra a exploração econômica”.¹⁴

12. REIS, Jair Teixeira dos. *Curso de Direitos Humanos: teorias e questões*. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2012. p. 279.

13. Art. 1 Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

14. GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 242.

Muito embora no texto da Convenção não venha expressamente escrito o termo “proteção integral da criança”, a tutela efetiva de todos direitos citados acima garante esta proteção total. Esta noção é ainda sintetizada no art. 27 (1): “Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social”.

A Convenção consagra quatro basilares princípios, os quais orientam a interpretação de todo o seu texto. São eles: o princípio da não discriminação, o do interesse superior da criança, o direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento, e o da liberdade de opinião da criança.

3.2 Da proteção da criança e do adolescente no direito positivo brasileiro

A legislação positiva brasileira está totalmente conforme o disposto no plano internacional. Comparando-as, como diz Sidney Guerra¹⁵ em sua obra “Direitos Humanos: curso elementar” ficam evidentes “felizes coincidências” com a ideia de proteção integral à criança.

A Constituição Federal em seu art. 227 dispõe que:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

É notório que, a menção, neste artigo da nossa Carta Magna, de vários direitos fundamentais, civis e sociais, traz uma ideia de integração entre família e Estado em prol do desenvolvimento da criança e do adolescente, buscando assegurar sua dignidade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual é a norma infraconstitucional que dispõe sobre a proteção integral da criança e do adolescente, divide a infância em duas etapas: criança até os 12 anos e adolescente dos 12 aos 18 anos. Isso não afasta, todavia, a proteção conferida pela Convenção Sobre os Direitos da Criança aos menores de 18 anos. Neste contexto, os termos “criança” e “adolescente” são utilizados em conjunto no artigo para fazer referência aos menores de 18 anos, reforçando a necessidade de proteção inclusive para aqueles que se encontram entre os seus 12 e 18 anos.

O referido estatuto reproduz em seus arts. 3.º, 4.º e 5.º a preocupação trazida no art. 227 da CF/1988 com a proteção integral à criança, em conformidade com a norma internacional:

15. Idem, p. 246.

“Art. 3.º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4.º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 5.º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.”

No que tange à legislação desportiva, a Lei Pelé no § 2.º do seu art. 29, lista as condições necessárias para que uma entidade de prática desportiva seja considerada formadora. É considerado clube formador aquele que confere ao jogador todos os requisitos legais para que desenvolva seu potencial ao longo das categorias de base. Tal clube terá o direito, após a profissionalização do atleta, a um percentual sob o valor de sua venda para clubes nacionais.¹⁶ Vejamos os requisitos:

“§ 2.º É considerada formadora de atleta a entidade de prática desportiva que:

I – forneça aos atletas programas de treinamento nas categorias de base e complementação educacional; e

II – satisfaça cumulativamente os seguintes requisitos:

a) estar o atleta em formação inscrito por ela na respectiva entidade regional de administração do desporto há, pelo menos, 1 (um) ano;

b) comprovar que, efetivamente, o atleta em formação está inscrito em competições oficiais;

c) garantir assistência educacional, psicológica, médica e odontológica, assim como alimentação, transporte e convivência familiar;

16. Art. 29-A, Lei Pelé.

d) manter alojamento e instalações desportivas adequados, sobretudo em matéria de alimentação, higiene, segurança e salubridade;

e) manter corpo de profissionais especializados em formação tecnicodesportiva;

f) ajustar o tempo destinado à efetiva atividade de formação do atleta, não superior a 4 (quatro) horas por dia, aos horários do currículo escolar ou de curso profissionalizante, além de propiciar-lhe a matrícula escolar, com exigência de frequência e satisfatório aproveitamento;

g) ser a formação do atleta gratuita e a expensas da entidade de prática desportiva;

h) comprovar que participa anualmente de competições organizadas por entidade de administração do desporto em, pelo menos, 2 (duas) categorias da respectiva modalidade desportiva; e

i) garantir que o período de seleção não coincida com os horários escolares.”

Podemos notar que a legislação específica nada mais que reforça tudo aquilo que a Constituição e o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõem, em consonância com os Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, adaptando-os a peculiaridade do esporte.

4. DO TRABALHO INFANTIL E DA SUA PROTEÇÃO NAS NORMAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

A Convenção sobre os Direitos da Criança, sempre em prol de seu objetivo maior de garantir um desenvolvimento completo durante o período de formação de caráter e da personalidade da criança e do adolescente, traz em seu art. 32 a preocupação com o trabalho ao longo da infância:

“1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou que seja nocivo para sua saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social.

2. Os Estados Partes adotarão medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais com vistas a assegurar a aplicação do presente artigo. Com tal propósito, e levando em consideração as disposições pertinentes de outros instrumentos internacionais, os Estados Partes, deverão, em particular:

a) estabelecer uma idade ou idades mínimas para a admissão em empregos;

b) estabelecer regulamentação apropriada relativa a horários e condições de emprego;

c) estabelecer penalidades ou outras sanções apropriadas a fim de assegurar o cumprimento efetivo do presente artigo.”

A Convenção traz normas gerais regulando o trabalho infantil. É na Convenção n. 138 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a qual também fora rati-

ficada pelo Brasil, que o tema é tratado com maior profundidade. Tal Convenção dispõe sobre a Idade Mínima de Admissão ao Emprego. Logo em seu artigo 1.º ela impõe que todo País-Membro deva se comprometer a ter “uma política nacional que assegure a efetiva abolição do trabalho infantil e eleve progressivamente, a idade mínima de admissão a emprego ou a trabalho a um nível adequado ao pleno desenvolvimento físico e mental do adolescente”. Já em seu artigo 2.º é determinada a idade mínima para a admissão a emprego ou trabalho:

“3. A idade mínima fixada nos termos do § 1.º deste artigo não será inferior à idade de conclusão da escolaridade obrigatória ou, em qualquer hipótese, não inferior a quinze anos.

4. Não obstante o disposto no parágrafo 3.º deste artigo, o país-membro, cuja economia e condições do ensino não estiverem suficientemente desenvolvidas, poderá, após consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores concernentes, se as houver, definir, inicialmente, uma idade mínima de quatorze anos.”

O Brasil, devido à sua condição de país em desenvolvimento deve reger a sua política de acordo com o estipulado no n. 4 deste art. 2.º, podendo adotar uma idade mínima de 14 anos para o trabalho. Em consonância com este dispositivo, o art. 7.º, XXXIII, da CF/1988 proíbe “(...) qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”. Essa mesma redação é reproduzida no *caput* do art. 403 da CLT, mas seu parágrafo único adiciona o seguinte dispositivo: “O trabalho do menor não poderá ser realizado em locais prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não permitam a frequência à escola”. Vale ressaltar que estas disposições da Consolidação das Leis do Trabalho estão presentes na Seção I do Capítulo IV “Da proteção do trabalho do menor”, trazendo em seu primeiro artigo a definição de menor como o trabalhador de 14 até 18 anos.

Portanto vimos que a legislação pátria permite o trabalho de adolescentes entre 14 e 16 anos, contudo, estritamente na condição de aprendiz. O art. 428 da própria CLT define o contrato de aprendiz:

“Art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação.

§ 1.º A validade do contrato de aprendizagem pressupõe anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, matrícula e frequência do aprendiz na escola, caso não haja concluído o ensino médio, e inscrição em programa de aprendizagem desenvolvido sob orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica.

§ 2.º Ao menor aprendiz, salvo condição mais favorável, será garantido o salário mínimo hora.

§ 3.º O contrato de aprendizagem não poderá ser estipulado por mais de 2 (dois) anos, exceto quando se tratar de aprendiz portador de deficiência.

§ 4.º A formação técnico-profissional a que se refere o *caput* deste artigo caracteriza-se por atividades teóricas e práticas, metodicamente organizadas em tarefas de complexidade progressiva desenvolvidas no ambiente de trabalho.

§ 5.º A idade máxima prevista no *caput* deste artigo não se aplica a aprendizes portadores de deficiência.

§ 6.º Para os fins do contrato de aprendizagem, a comprovação da escolaridade de aprendiz portador de deficiência mental deve considerar, sobretudo, as habilidades e competências relacionadas com a profissionalização.

§ 7.º Nas localidades onde não houver oferta de ensino médio para o cumprimento do disposto no § 1.º deste artigo, a contratação do aprendiz poderá ocorrer sem a frequência à escola, desde que ele já tenha concluído o ensino fundamental.”

O Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador, oriundo do trabalho da Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil é um instrumento fundamental na busca de erradicar o trabalho infantil no Brasil até o período traçado por eles, em 2020. O Plano traz a seguinte definição para trabalho infantil:

“O termo ‘trabalho infantil’ refere-se, neste plano, às atividades econômicas e/ou atividades de sobrevivência, com ou sem finalidade de lucro, remuneradas ou não, realizadas por crianças ou adolescentes em idade inferior a 16 (dezesesseis) anos, ressalvada a condição de aprendiz a partir dos 14 (quatorze) anos, independentemente da sua condição ocupacional.”

4.1 *Dos contratos com atleta em formação na legislação nacional sobre o desporto*

O desporto tem tratamento constitucional no Brasil desde a Constituição de 1988, estando no mesmo plano da Educação e da Cultura, localizado no Título III da Carta Magna. O art. 217¹⁷ da CF/1988 e seus parágrafos fixaram os princípios

17. “Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados:

I – a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

II – a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;

III – o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não profissional;

norteadores do Direito Desportivo brasileiro e os postulados da legislação desportiva nacional, dentre eles a Justiça Desportiva e a autonomia desportiva. Tais diretrizes básicas oriundas da constitucionalização do desporto ajudaram a desenvolver harmonicamente as atividades desportivas.¹⁸

Com base nestes princípios constitucionais, uma estrutura normativa foi montada para ordenar as atividades desportivas no Brasil. Um importante diploma legislativo que institui normas gerais sobre o desporto é a já citada Lei Pelé. A lei trata dos princípios, da natureza, da finalidade, do sistema desportivo brasileiro, da prática desportiva profissional, da ordem desportiva, da Justiça Desportiva, dos recursos para o desporto, dentre outras disposições gerais a cerca do desporto.

Para a Lei Pelé, são considerados atletas profissionais aqueles que tenham atividade caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial, firmado com a entidade de prática desportiva, de acordo com o *caput* do art. 28.¹⁹ Este contrato especial de trabalho é regido pelas regras gerais da legislação trabalhista e da Seguridade Social, ressalvadas algumas peculiaridades constantes da lei, conforme o § 4.^{o20} deste mesmo artigo.

Tal contrato profissional de trabalho pode ser firmado com adolescentes a partir dos 16 anos. O art. 29 da Lei Pelé, em consonância com o disposto na Constituição

IV – a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

§ 1.º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da Justiça Desportiva, regulada em lei.

§ 2.º A Justiça Desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

§ 3.º O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.”

18. EZABELLA, Felipe Legrazie. *O direito desportivo e a imagem do atleta*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.
19. “Art. 28. A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente.”
20. “§ 4.º Aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da seguridade social, ressalvadas as peculiaridades constantes desta lei, especialmente as seguintes:
I – se conveniente à entidade de prática desportiva, a concentração não poderá ser superior a 3 (três) dias consecutivos por semana, desde que esteja programada qualquer partida, prova ou equivalente, amistosa ou oficial, devendo o atleta ficar à disposição do empregador por ocasião da realização de competição fora da localidade onde tenha sua sede;
II – o prazo de concentração poderá ser ampliado, independentemente de qualquer pagamento adicional, quando o atleta estiver à disposição da entidade de administração do desporto;
III – acréscimos remuneratórios em razão de períodos de concentração, viagens, pré-temperada e participação do atleta em partida, prova ou equivalente, conforme previsão contratual;

e no Estatuto da Criança e do Adolescente, vedando trabalho aos menores de dezesseis anos, exceto na condição de jovem aprendiz, permitiu que somente a partir dos 16 anos “a entidade de prática desportiva formadora do atleta terá o direito de assinar com ele (...) o primeiro contrato especial de trabalho desportivo, cujo prazo não poderá ser superior a 5 (cinco) anos”.

Existe também a possibilidade de vínculo não profissional entre o atleta e o clube formador a partir dos 14 anos. Este vínculo é estabelecido por meio do contrato que está disposto no § 4.^o²¹ do art. 29 da Lei Pelé. Trata-se de uma bolsa de aprendizagem que deve ser livremente pactuada entre o atleta entre 14 e 25 e o clube formador. A bolsa é pactuada por meio de um contrato formal, onde o atleta em formação recebe um auxílio financeiro da entidade.

Não obstante o final do § 4.^o do art. 29 da Lei Pelé expressamente dispor que este contrato não gera vínculo empregatício entre as partes, defendemos a posição de que esta disposição é manifestamente inconstitucional, pois:

“Nos termos do art. 428 da CLT (com a redação dada pela Lei 11.180/2005), o contrato de aprendizagem é um contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz se compromete a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação.

Assim, embora especial, o contrato de aprendizagem profissional é um contrato de trabalho, gerando algumas consequências no âmbito do Direito laboral, como recolhimento de FGTS, ainda que com alíquota mais favorável (2%).”²²

A inconstitucionalidade deste dispositivo também é defendida por Murillo José Digiácomo, Promotor de Justiça do Ministério Público do Paraná. Para ele:

IV – repouso semanal remunerado de 24 (vinte e quatro) horas ininterruptas, preferentemente em dia subsequente à participação do atleta na partida, prova ou equivalente, quando realizada no final de semana;

V – férias anuais remuneradas de 30 (trinta) dias, acrescidas do abono de férias, coincidentes com o recesso das atividades desportivas;

VI – jornada de trabalho desportiva normal de 44 (quarenta e quatro) horas semanais.”

21. “§ 4.^o O atleta não profissional em formação, maior de quatorze e menor de vinte anos de idade, poderá receber auxílio financeiro da entidade de prática desportiva formadora, sob a forma de bolsa de aprendizagem livremente pactuada mediante contrato formal, sem que seja gerado vínculo empregatício entre as partes.”
22. AZEVEDO, Karen Prates de. *O trabalho infanto-juvenil no futebol: Lei x Realidade*. 2011. 76 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. p. 40. Disponível em: [www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/31321/000779911.pdf?sequence=1]. Acesso em: 30.08.2013.

“Inexiste, a rigor, qualquer regulamentação relativa à criação de cursos ou programas de aprendizagem na área do futebol, sendo certo que o art. 29, § 4.º, da ‘Lei Pelé’, ao estabelecer que o ‘atleta não profissional em formação, maior de 14 e menor de 20 anos de idade’, mediante contrato formal, ‘poderá receber auxílio financeiro’ (...) ‘sob a forma de bolsa de aprendizagem livremente pactuada’, (...) ‘sem que seja gerado vínculo empregatício entre as partes’, é manifestamente inconstitucional, por contrariar a Constituição da República, seja no que diz respeito à proteção especial (e integral) às crianças e aos adolescentes, seja no que diz respeito à garantia dos direitos trabalhistas e previdenciários, *ex vi* do disposto no art. 227, § 3.º, II, *c/c* art. 7.º, da citada Carta Magna.

Assim, a única interpretação constitucionalmente possível da ‘Lei Pelé’, é a que com ela se pretendeu regulamentar uma relação de trabalho (que é a formação profissional do atleta de futebol) de uma forma especial, que fugiria à aprendizagem geral prevista na CLT.

Neste particular, porém, a ‘Lei Pelé’ falha grosseiramente, pois não prevê as características dos ‘cursos de aprendizagem de atleta de futebol’, dando margem para supramencionada situação de descaso e desrespeito aos mais elementares direitos fundamentais dos adolescentes jogadores de futebol por parte de algumas entidades de formação em prática desportiva (os clubes de futebol).”²³

Se os jovens a partir de 14 anos trabalham com onerosidade, profissionalismo, subordinação e habitualidade, cumprindo todos os deveres de um atleta profissional, não correndo os riscos do negócio, a relação estabelecida entre eles e os clubes de futebol preenche os requisitos da relação de emprego. Devido aos princípios da proteção do empregado e da proteção integral da criança e do adolescente, deverão estes jovens ter as garantias de um trabalhador. Buscando dirimir tal aberração, o Ministério Público do Trabalho (MPT) lançou a seguinte orientação:

“Orientação n. 08. Ementa: Atletas. Aprendizagem. Relação de Trabalho. Legitimidade do MPT. Ainda que a Lei Pelé mencione que a aprendizagem profissional no futebol do atleta se dará sem vínculo empregatício, está preservada a legitimidade do MPT, pois a natureza jurídica entre atleta e entidade formadora é de trabalho. (Orientação elaborada e aprovada à unanimidade com base em estudo da Coordinfância).”²⁴

Observamos que a Lei Pelé não instituiu prazo para a duração do contrato de aprendizagem destes atletas não profissionais que estão em formação. Em casos de omissão da legislação específica, deve ser adotada a regra geral constante da Con-

23. DIGIACOMO, Murillo José. Adolescentes jogadores de futebol: da necessidade de coibir os abusos de que são vítimas. Disponível em: [www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1043]. Acesso em: 27.09.2013.

24. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Orientações apud AZEVEDO. Op. cit., p. 41.

solidação das Leis do Trabalho, cujo prazo máximo é de dois anos, de acordo com o § 3.º do art. 428.²⁵ Em relação à duração mínima o MPT, buscando garantir as condições necessárias para que o atleta consiga demonstrar o seu potencial, prevê em sua orientação n. 10 que a duração mínima do contrato de formação profissional deva ser de seis meses.²⁶

O art. 29 em seu § 6.^{º27} especifica alguns itens obrigatórios do contrato de aprendizagem. São eles: a identificação das partes e dos representantes legais, a duração do contrato e a especificação dos itens gastos para os cálculos da indenização com a formação desportiva. Diante dos riscos de lesão na prática do esporte, especial atenção deve ser dirigida para a obrigação de o clube firmar um seguro de vida e de acidentes pessoais para cobrir as atividades do atleta contratado.

Por fim, é importante atentar para obrigatoriedade do registro dos atletas de 14 a 16 anos, à luz do art. 403 da CLT, o qual é enfático sobre a necessidade do registro para adolescentes com mais de 14 anos. Neste sentido a orientação número 14 do MPT:

“Orientação n. 14. Aprendizagem. Idade mínima: 14 anos. A idade mínima admissível para a aprendizagem profissional de atletas é 14 anos, de acordo com a interpretação sistemática do art. 29, §§ 3.º e 4.º, da Lei Pelé c/c os art. 227, *caput*, e 7.º, XXXIII, da CF/1988. Antes dessa idade o atleta pode praticar esportes apenas

25. “Art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação. (...)”

§ 3.º O contrato de aprendizagem não poderá ser estipulado por mais de 2 (dois) anos, exceto quando se tratar de aprendiz portador de deficiência.”

26. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Orientações apud CAVALCANTI, Tiago Muniz. Breves considerações sobre a proteção dos atletas mirins e a atuação do Ministério Público do Trabalho. Disponível em: [www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CDAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.fabrecursosjuridicos.com.br%2Fead%2Ffiles.php%3Fid%3D335&ei=K3hRUrXXGIP28wS7koBo&usq=AFQjCNEiaeKYw822XwSVHGK9Vyukg3qqCw&sig2=uNsieMHLyD6VR61MljrEHA&bvm=bv.53537100,d.eWU]. Acesso em: 02.10.2013.

27. “§ 6.º O contrato de formação desportiva a que se refere o § 4.º deste artigo deverá incluir obrigatoriamente:

I – identificação das partes e dos seus representantes legais;

II – duração do contrato;

III – direitos e deveres das partes contratantes, inclusive garantia de seguro de vida e de acidentes pessoais para cobrir as atividades do atleta contratado; e

IV – especificação dos itens de gasto para fins de cálculo da indenização com a formação desportiva.”

sob a modalidade de desporto educacional, prevista no art.3.º, I, da Lei Pelé, sem quaisquer restrições à liberdade de prática esportiva”.²⁸

Renato Mendes coordenador do Programa Internacional para Eliminação do Trabalho Infantil da Organização Internacional do Trabalho também corrobora o nosso entendimento acerca da obrigatoriedade do contrato de aprendizado para adolescentes de 14 a 16 anos:

“(…) O fato de os clubes não registrarem atletas de 14 a 16 anos como aprendizes é considerado grave para a OIT. ‘É preciso considerar elementos de proteção social e previdenciária. Se acontecer algum evento que venha a prejudicar essa criança no nível físico, intelectual ou moral, ela fica sem proteção legal, à mercê da boa vontade dos envolvidos, o que não é correto.’”²⁹

Assim, os clubes que mantiverem em suas categorias de base atletas entre 14 a 16 anos sem o contrato de aprendizado assinado, correm o risco de serem processados por trabalho infantil. Segundo o Procurador Regional do Trabalho, Xisto Tiago de Medeiros Neto:

“O termo *trabalho infantil*, em sua acepção atual, compreende a realização, por crianças e adolescentes com idade inferior a 16 anos, tanto de atividades que visem à obtenção de ganho para prover o sustento próprio e/ou da família, como também o labor que não tenha natureza remunerada³⁰ (grifo do autor).”

Como se vê, a legislação nacional acerca do desporto prevê duas modalidades de contrato entre clubes de futebol e menores de idade. Um não profissional, para adolescentes entre 14 e 20 anos, chamado contrato de aprendizagem desportiva, o qual, conforme apresentamos neste tópico, apesar da redação na Lei Pelé informar o contrário, gera sim vínculo empregatício e é obrigatório para todos os atletas das categorias de base dos clubes do Brasil. O outro tipo de contrato é o de trabalho desportivo, sendo já um contrato profissional, o qual apenas pode ser firmado a partir dos dezesseis anos.

28. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Orientações apud AZEVEDO. Op. cit., p. 47.

29. SANTINI, Daniel. *Após morte de adolescente, MPT pretende processar Vasco por trabalho infantil*: Procuradora diz que tentou negociar por mais de um ano ajustamento de conduta. Diretoria argumenta que exigências não estão previstas na Lei Pelé. Disponível em: [http://reporterbrasil.org.br/2012/02/apos-morte-de-adolescente-mpt-pretende-processar-vasco-por-trabalho-infantil/]. Acesso em: 02.09.2013.

30. MEDEIROS NETO, 2011, p. 35 apud TULESKI, Angélica Nayara Rodrigues; SHIMANOE, Claudio Roberto. O trabalho infantil e os direitos trabalhistas do jogador de futebol menor de idade. *Revista Capital Científico – Eletrônica (RCC)*. vol. 11. n. 2. 2013. Disponível em: [http://revistas.unicentro.br/index.php/capitalcientifico/article/view/2477]. Acesso em: 04.10.2013.

5. DA REALIDADE NAS CATEGORIAS DE BASE DOS CLUBES DE MENOR INVESTIMENTO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Depois de examinada a legislação pátria e internacional acerca da proteção dos direitos das crianças e adolescentes, sobretudo no que diz respeito ao trabalho infantil, podemos nos ater à análise das entrevistas feitas com atletas entre de 14 e 15 anos das categorias de base de 12 clubes profissionais das três divisões do futebol do Estado do Rio de Janeiro.

O principal objetivo da pesquisa é saber, se na prática, clubes de futebol de menor investimento, e conseqüentemente de menor apelo popular, cumprem com os requisitos mínimos de tutela de direitos humanos universalmente consagrados. Particular atenção é dirigida aos direitos das crianças no que diz respeito à possibilidade de trabalho como forma de aprendizagem. Em outros termos, busca-se identificar se há a exploração do trabalho infantil nas categorias de base. A limitação de idade entre 14 e 15 anos se justifica, portanto, devido a possibilidade de a partir dos 16 anos os adolescentes já estarem aptos a firmar contratos profissionais.

Preferimos neste estudo não adentrar na questão dos alojamentos e da convivência destes jovens atletas com suas famílias, pela complexidade do tema, que requer estudos mais específicos. Assim, limitaremos-nos a estudar os demais direitos cuja tutela é expressa na Lei Pelé, quais sejam: o direito à saúde, à educação e à alimentação.

Escolhemos aleatoriamente 12, dentre os 28 clubes de menor expressão do futebol fluminense que no ano de 2013 disputaram campeonatos com a categoria infantil³¹ e entrevistamos um atleta de cada uma dessas equipes. Foram feitas perguntas fechadas sobre a relação contratual destes atletas com o clube, do incentivo ao estudo e acompanhamento escolar, médico, psicológico e odontológico oferecido, assim como alimentação e assistência de profissionais com formação técnico desportiva.

5.1 *Do direito à educação*

Vimos ao longo deste estudo que para que o contrato de formação desportiva seja realmente válido o clube deve atender aos requisitos trazidos pelo § 2.º do art. 29 da Lei Pelé. O clube de futebol poderá ser considerado formador apenas se atender a todas as exigências do referido artigo. Neste sentido, as palavras de Tiago Muniz Cavalcanti, Procurador do Trabalho:

“(…) É requisito legal a assiduidade escolar, inclusive com rendimentos satisfatórios, ao contrato de formação desportiva, sob pena de invalidação e conseqüente

31. Foram oito equipes da primeira, uma da segunda e três da terceira divisão.

caracterização do trabalho infantil, podendo ser enquadrado, inclusive, em suas piores formas.

O legislador, sábio, valorizou a formação desportiva sem olvidar o correlato desenvolvimento acadêmico. Para tanto, impôs ao clube a responsabilidade de fornecer o meio de transporte adequado para a frequência à escola, além da obrigação de acompanhar continuamente o aproveitamento escolar dos atletas mirins, adotando as providências necessárias em caso de rendimento insatisfatório.”³²

Conforme o texto legal, verificamos a relação entre o disposto na alínea *f*³³ do inc. II do § 2.º do art. 29 da Lei Pelé e o disposto no início do texto da alínea *c*. A alínea *f* exige que o período de treinamento seja ajustado ao período de estudos, não podendo os treinamentos excederem a quatro horas diárias, além da exigência de matrícula escolar, frequência e rendimento satisfatório. Estas exigências buscam garantir a “assistência educacional”, conforme mencionado na alínea *c*. Afinal, só é possível que a referida assistência seja garantida se os horários de treinamento de jogos não coincidirem com os horários de aula, e haja um acompanhamento de rendimento a fim de verificar a necessidade de uma assistência educacional extra a ser fornecida pelo clube.

Portanto, não poderão os atletas em formação ser submetidos a uma carga de treinamento superior a quatro horas por dia. Esta orientação visa, por um lado permitir a realização de trabalhos físicos e técnicos relacionados ao desenvolvimento das habilidades do adolescente dentro de campo e, por outro, garantir que haja tempo e capacidade física para que o atleta efetivamente estude.

Não basta apenas o clube matricular o atleta em uma escola de ensino fundamental ou médio. Um clube formador deve acompanhar o rendimento de seus jogadores, deve verificar se têm frequentado as aulas e se têm tirado boas notas. Busca-se incentivar que o adolescente estude, não deixando brechas para a separação entre futebol e escola.

A pesquisa realizada indica que todos os entrevistados estão matriculados na escola. Tal dado mostra uma mínima preocupação dos clubes para com a formação educacional dos atletas. A preocupação com a matrícula pode, por outro lado, ser

32. CAVALCANTI, Tiago Muniz. Breves considerações sobre a proteção dos atletas mirins e a atuação do Ministério Público do Trabalho. Disponível em: [www.google.com.br/url?sa=t&rc=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CDAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.fabrecursosjuridicos.com.br%2Fead%2Ffiles.php%3Fid%3D335&ei=K3hRUrXXGIP28wS7koBo&usg=AFQjCNEiaeKYw822XwSVHGK9Vyukg3qqCw&sig2=uNsieMHLyD6VR61MlJrEHA&bvm=bv.53537100,d.eWU]. Acesso em: 02.10.2013.

33. “*f*) ajustar o tempo destinado à efetiva atividade de formação do atleta, não superior a 4 (quatro) horas por dia, aos horários do currículo escolar ou de curso profissionalizante, além de propiciar-lhe a matrícula escolar, com exigência de frequência e satisfatório aproveitamento; (...).”

resultado da exigência da Federação de Futebol do Estado do Rio de Janeiro, que só permite que atletas devidamente matriculados na escola disputem campeonatos por ela organizados. Com relação à assiduidade, os números também são bastante positivos. Menos de 17% dos entrevistados declararam precisar faltar aula para treinar ou jogar.

Existe uma preocupação para com este percentual, a qual não pode ser ignorada, pois estes jovens atletas informaram que tem uma média de uma falta por semana, o que leva o adolescente, exclusivamente por causa do futebol, a ficar bem próximo do limite mínimo de 75% de presença³⁴ exigido para a aprovação na escola, podendo essas faltas motivadas pelas atividades do clube de futebol serem determinantes para uma eventual reprovação por assiduidade, sem contar na perda do conteúdo lecionado nos dias em que não compareceu à sala de aula.

Com relação ao ajuste do tempo destinado aos treinamentos com os horários do currículo escolar, apenas um atleta informou que o clube tem treinamentos diários com duração superior a quatro horas. Em relação ao acompanhamento do rendimento escolar, a metade dos atletas respondeu que o clube não acompanha o seu rendimento na escola. É, portanto, inviável que o clube saiba se o atleta está tendo um satisfatório aproveitamento acadêmico, conforme estipula a Lei Pelé. Não há uma participação ativa dos clubes no processo de formação das crianças e adolescentes. A relação entre clube e atleta é negativa, pois o clube se considera uma atividade formadora pelo simples fato de não impedir a formação educacional de seus jogadores.

A alínea c³⁵ do inc. II do § 2.º deste art. 29 da Lei Pelé nos permite exigir que o clube forneça transporte adequado para a frequência à escola. Dentre os entrevistados, apenas um atleta informou receber auxílio transporte para a escola. Ainda dentro da questão do transporte, nove atletas declararam não receber nenhum tipo de auxílio transporte para irem aos treinos. No entanto, o art. 29, § 2.º, II, g, dispõe que a formação do atleta deve ser gratuita, cabendo à entidade de prática desportiva arcar com os custos relacionados.

Tais resultados apontam que há uma preocupação com o direito à educação dos atletas em formação. Todavia, garantir ao adolescente o direito à educação não é apenas exigir sua matrícula na escola, é também estimulá-lo a estudar, a frequentar as aulas, sempre acompanhando o seu rendimento, verificando se há alguma defasagem no seu rendimento perante aos colegas de turma, se há alguma dificuldade em determinada matéria e, se há a necessidade de, por exemplo, liberá-lo de um dia de treino para ter aula de reforço escolar.

34. Art. 24, VI, da Lei 9.394/1996.

35. “c) garantir assistência educacional, psicológica, médica e odontológica, assim como alimentação, transporte e convivência familiar; (...)”

Também entendemos ser necessário, conforme o disposto na Convenção dos Direitos da Criança, em nossa Carta Magna e no Estatuto da Criança e do Adolescente, o pagamento de auxílio transporte para os jovens que dele necessitarem para ir a escola. Aos atletas mais carentes pesa no orçamento das famílias tirarem do próprio sustento o dinheiro do transporte. É um dever do clube de futebol, analisando caso a caso, fornecer esse auxílio transporte, podendo ser ele, por exemplo, por meio de uma ajuda de custo adicional no contrato de aprendizagem.

5.2 *Do direito à saúde e à alimentação*

A já citada alínea *c* do inc. II do § 2.º do art. 29 da Lei Pelé garante ao atleta em formação “assistência educacional, psicológica, médica e odontológica, assim como alimentação”. Isso revela que o legislador teve o cuidado de ressaltar a importância de uma assistência completa ao jogador em formação, e não apenas ao desenvolvimento da parte técnica e tática. Atende assim a Lei Pelé ao disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, garantindo ao jovem atleta “os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana” facultando-lhes “o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social”³⁶ e assegurando-lhes com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos à saúde e à alimentação.

Em nossa pesquisa, dois terços dos entrevistados informaram que o clube fornece assistência médica a seus atletas. Com relação à assistência psicológica, apenas a metade informou ter algum tipo de assistência destes profissionais. Chama ainda mais atenção o tratamento odontológico, o qual apenas um quarto dos entrevistados declarou ser fornecido pelo seu clube.

Dos atletas que entrevistamos, quarenta e dois por cento relatou não receber nenhum tipo de auxílio alimentação, nem ao menos alguma refeição por parte dos clubes. Conforme fora anteriormente frisado, todos os entrevistados residem com suas famílias, sendo este tipo de alimentação referido na entrevista um complemento alimentar.

A situação requer análises mais profundas, tendo em vista que os atletas residem com suas famílias, e, presume-se que realizem as refeições em casa. Não há a obrigatoriedade legal de um acompanhamento nutricional por parte dos clubes, muito embora entendamos ser essencial para a sua formação e para a sua saúde, tendo em vista que a rotina de treinamentos requer uma reposição apropriada de nutrientes. Seria plausível exigir que o clube ofereça uma leve refeição após o treino para todos

36. “Art. 3.º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.”

os seus atletas, antes de os que não moram nos alojamentos retornarem às suas casas? Seria esta a forma de se efetivar o direito à alimentação neste caso peculiar dos atletas?

Estes dados indicam ser necessário aprimorar a forma pela qual os clubes implementam seus contratos de aprendizagem. Já existe a preocupação em manter um corpo médico, psicológico e odontológico fazendo um acompanhamento de seus atletas. Porém, são raros os casos em que se encontram presentes os três tipos de profissionais, muito embora sejam eles essenciais para o acompanhamento do desenvolvimento dos jovens atletas que desde muito cedo já tem sobre eles uma cobrança física e mental muito grande.

A falta de uma completa assistência médica viola direito garantido no art. 24 da Convenção sobre os Direitos da Criança, segundo o qual toda criança tem “o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde”. Ao não fiscalizar esta matéria o Estado brasileiro viola a convenção, uma vez que a alínea *b* do art. 24 estipula ser dever do Estado “assegurar a prestação de assistência médica e cuidados sanitários necessários a todas as crianças, dando ênfase aos cuidados básicos de saúde;”.

A legislação pátria corrobora esta preocupação com a saúde das crianças e adolescentes. O art. 227 da CF/1988 e o art. 4.º do ECA asseguram com total prioridade a efetivação do direito à saúde, de acordo com eles este é um dever da “família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público”. Porém, conforme analisado, essa total prioridade não vem sendo dada pelos clubes, e o Poder Público não vem cumprindo o seu papel fiscalizador de fazer com que os clubes de futebol cumpram os preceitos normativos.

5.3 Corpo de profissionais especializados em formação técnico desportiva

Por fim, a alínea *e* do inc. II do § 2.º do art. 29 da Lei Pelé, obriga os clubes a manterem um “corpo de profissionais especializados em formação técnico-desportiva”. Esta terminologia abrange, por exemplo, o treinador, que na grande maioria dos casos é um ex-atleta de futebol profissional, ou alguém com vasta experiência no ramo, e profissionais com formação acadêmica, onde podemos enquadrar os preparadores físicos e fisiologistas. Todos os entrevistados declararam que os clubes em que atuam possuem preparadores físicos. Com relação aos fisiologistas, cinquenta e oito por cento dos entrevistados declararam haver o acompanhamento deste profissional em seu clube.

A abrangência da terminologia nos permite afirmar, com resultado de nossa pesquisa, que existem fortes indícios de que esta alínea *e* vem sendo cumprida pelos clubes de menor investimento do futebol do Rio de Janeiro, garantindo a efetivação do direito à profissionalização.

5.4 *Do trabalho infantil*

Vimos ao longo deste estudo como a legislação pátria, em consonância com os Tratados Internacionais acerca do tema, define trabalho infantil, sendo todo aquele praticado por menores de 16 anos, salvo os praticados na condição de jovem aprendiz, a partir dos 14 anos. Vimos também que na legislação de direito desportivo existe uma peculiaridade, o chamado contrato de formação desportiva, obrigatório, conforme abordado anteriormente, para todos os jovens das categorias de base do futebol nacional. Portanto, todos os casos que não se enquadrem a estas situações, conforme definição do Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador, podem ser considerados trabalho infantil.

Apenas a metade dos entrevistados tinha assinado com o clube o contrato de atleta em formação. Dentre eles, dois terços informaram não terem pago pelo clube o seguro de vida e acidentes pessoais, requisito apresentado no inc. III do § 6.º do art. 29 da Lei Pelé. Em outros termos, eles recebem bolsa aprendizagem com irregularidades, tendo em vista a obrigatoriedade deste seguro.

Sendo “dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente”, conforme o art. 70 do ECA, o que dizer então deste alarmante fato? Mais preocupante ainda é o fato de que 50% dos entrevistados não possuem nenhum tipo de vínculo com o clube em que jogam. Assim, conforme a legislação e definições por nós anteriormente apresentadas, todos os jovens com menos de 16 anos que possuem algum tipo de vínculo com clubes de futebol sem o devido contrato de aprendizagem estão submetidos a trabalho infantil.

Ser jogador das categorias de base de qualquer time de futebol do Brasil é carregar sob seus ombros o enorme peso da cobrança de ter de obter sucesso. Além disso, as cobranças por resultado e o iminente risco de dispensa, visto por nós no início deste estudo, somados ao fato de que setenta e cinco por cento dos entrevistados declarou que o clube tem uma rotina diária de treinamentos, qual seja: treinos de segunda à sexta feira, com jogos aos sábados, e descanso somente aos domingos, nos mostram a realidade de que os jovens jogadores se dedicam exclusivamente ao futebol. Dedicção esta que para a metade dos jovens atletas que entrevistamos, não é sequer remunerada com uma bolsa aprendizagem.

É sempre importante frisar que foi entrevistado apenas um atleta de cada um desses 12 times do Estado do Rio de Janeiro, não sendo possível com este material de pesquisa afirmar que todos os times fluminenses de menor investimento praticam trabalho infantil. Nem que todos os atletas destas 12 equipes aleatoriamente selecionadas são explorados. No entanto, nos parece razoável concluir que nestes 12 clubes, ao menos na metade deles, pelo menos um adolescente é submetido ao trabalho infantil. Para um país que tem como meta a erradicação deste tipo de trabalho, este dado já é bastante alarmante. O outro ponto, ainda mais grave, é

que fortes são os indícios de que, ao menos nestes clubes o trabalho infantil é uma realidade.

Ao perguntar a um jogador de uma equipe da segunda divisão do Estado, se algum atleta da categoria Infantil do clube dele tinha o contrato de aprendizagem, ele nos relatou que no clube dele não, e que ele não conhecia ninguém nesta categoria com contrato, dizendo que normalmente os contratos são assinados a partir do juvenil (informação verbal).³⁷

Perguntado sobre a realidade dos outros times do Estado, se ele sabia se era corriqueiro o recebimento da bolsa aprendizagem, ele revelou que alguns clubes oferecem ajuda de custo, de uma forma não oficial, prática esta que não ocorre no clube em que atua, *in verbis*:

“Dependendo, no infantil tem ajuda de custo sim, mas não com contrato, contrato tem mais é no juvenil, acima de 16 anos. No meu clube ainda não recebemos ajuda de custo, por enquanto (informação verbal)”.³⁸

Estas assertivas chamam a atenção para o fato de que os clubes de menor investimento do Estado do Rio de Janeiro optam por não firmar contrato de aprendizagem com seus atletas, preferindo esperar a idade para fecharem um contrato profissional.

Esta é uma opção que significa uma economia momentânea para os clubes. No entanto, ela priva os clubes de serem reconhecidos como formadores daqueles atletas, o que faz com que não tenham direito aos percentuais apontados nos incs. I e II do art. 29-A³⁹ da Lei Pelé nos casos de venda dos jogadores dentro do mercado nacional. Os clubes também correm o risco de verem o atleta que passou anos da sua formação no clube assinarem o seu primeiro contrato especial de trabalho com outra entidade sem direito à indenização prevista no § 5.⁴⁰ do art. 29 também da Lei Pelé.

37. Entrevista fornecida por R. M. em 24.09.2013.

38. *Idem*.

39. “Art. 29-A. Sempre que ocorrer transferência nacional, definitiva ou temporária, de atleta profissional, até 5% (cinco por cento) do valor pago pela nova entidade de prática desportiva serão obrigatoriamente distribuídos entre as entidades de práticas desportivas que contribuíram para a formação do atleta, na proporção de:

I – 1% (um por cento) para cada ano de formação do atleta, dos 14 (quatorze) aos 17 (dezesete) anos de idade, inclusive; e

II – 0,5% (meio por cento) para cada ano de formação, dos 18 (dezoito) aos 19 (dezenove) anos de idade, inclusive.”

40. “§ 5.º A entidade de prática desportiva formadora fará jus a valor indenizatório se ficar impossibilitada de assinar o primeiro contrato especial de trabalho desportivo por oposição do atleta, ou quando ele se vincular, sob qualquer forma, a outra entidade de prática des-

Esta economia, portanto, mostra-se ineficaz para os clubes, além de completamente ilegal, por representar uma violação significativa dos direitos da criança e do adolescente.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, buscamos trazer à tona a realidade das categorias de base dos clubes de menor investimento do Estado do Rio de Janeiro. As conclusões aqui obtidas não podem ser generalizadas para todos os clubes do Estado, nem se pode deduzir que tal realidade seja a mesma em todo o Brasil. Contudo, foram encontrados enormes indícios de desrespeito aos Direitos Humanos de adolescentes nos clubes de futebol pesquisados, assim como alguns casos de exploração de trabalho infantil, havendo também fortes indícios de que esta seja uma prática corriqueira. É triste constatar que no país do futebol, este esporte seja utilizado para esconder abusos a direitos fundamentais.

Do total de atletas hoje atuando nas categorias de base do Estado do Rio de Janeiro, caso a atual proporção se mantenha, 87% não se profissionalizarão, ou seja, serão dispensados dos clubes a qualquer momento. Deveria este enorme percentual de “ex-futuros jogadores profissionais” deixar os portões do clube com uma vasta bagagem socioeducacional, que os preparasse para vida que terão de enfrentar. Em caso de dispensa, o jovem deveria deixar o clube com boas perspectivas de que o clube garantiu a ele a possibilidade de inserção na sociedade, fazendo com que tenha a oportunidade de galgar com seus próprios passos o ingresso em uma faculdade, ou a aquisição de um emprego que o dê um sustento digno.

A boa formação socioeducacional é necessária também para os atletas que conseguiram se profissionalizar. Esta formação poderia reduzir os índices de abandono precoce da profissão, em parte motivado pelo *stress* de lidar com a instabilidade da profissão, lesões, falta de estrutura dos clubes, baixos salários e falta de profissionalismo dos empresários e técnicos. Esta formação, sobretudo o apoio psicológico,

portiva, sem autorização expressa da entidade de prática desportiva formadora, atendidas as seguintes condições:

I – o atleta deverá estar regularmente registrado e não pode ter sido desligado da entidade de prática desportiva formadora;

II – a indenização será limitada ao montante correspondente a 200 (duzentas) vezes os gastos comprovadamente efetuados com a formação do atleta, especificados no contrato de que trata o § 4.º deste artigo;

III – o pagamento do valor indenizatório somente poderá ser efetuado por outra entidade de prática desportiva e deverá ser efetivado diretamente à entidade de prática desportiva formadora no prazo máximo de 15 (quinze) dias, contados da data da vinculação do atleta à nova entidade de prática desportiva, para efeito de permitir novo registro em entidade de administração do desporto.”

permitiria ao atleta lidar de uma forma melhor com este *stress*, reduzindo o número de atletas que abandonam a profissão precocemente. E, em casos, de abandono, ela facilitaria a reinserção do jogador no mercado de trabalho em outras atividades.

Mesmo no caso dos atletas bem remunerados e que conseguem seguir sua carreira até o fim, temos o afastamento do atleta aproximadamente aos 35 anos de idade, isto é, após 10, 15 anos de carreira. Em um país cuja expectativa de vida é de aproximadamente 74 anos, o atleta se aposenta no auge da sua idade produtiva. Com raras exceções eles possuem capital acumulado para se manterem o restante da vida, tornando-se importante galgar um novo emprego.

Como apenas uma ínfima parte dos atletas que ingressaram nas categorias de base de um clube de futebol conseguirá sobreviver por toda a sua vida de seus rendimentos como jogador de futebol, o processo de formação nas categorias de base ganha significativa relevância. Não se trata apenas de mera faculdade para os clubes formadores, nem mesmo de um dever moral, uma função social das equipes de futebol. O dever imposto não apenas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mas também pela Lei Pelé, em consonância com as normas da Convenção sobre os Direitos da Criança, de dar assistência médica e educacional a seus jovens atletas tem em mente a vida pós-futebol destes atletas.

Tendo em vista os resultados apontados em nossa pesquisa, com devido destaque as exceções já citadas, do cumprimento da assiduidade escolar e da presença de profissionais com formação técnico desportiva assistindo os adolescentes durante sua formação nas categorias de base, os indícios de que afrontas aos Direitos Humanos dos adolescentes podem estar ocorrendo são enormes. Se o Brasil realmente tem como meta a erradicação do trabalho infantil, é no mínimo vergonhoso que tal realidade ainda esteja presente mais de 10 anos após a ratificação da Convenção n. 138 da OIT e mais de 20 anos após a ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, de forma tão evidente no futebol, ainda no país sede da Copa do Mundo de 2014.

Resta por evidente que existe a necessidade de uma rápida intervenção do Poder Público para que a afronta ao direito destes adolescentes seja solucionada. Algumas medidas têm sido adotadas pelo Brasil. O Ministério Público do Trabalho da Bahia, por exemplo, ao averiguar situações semelhantes às por nós evidenciadas obrigou o Esporte Clube Vitória a assinar um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), obrigando-o a se adequar a legislação brasileira que trata da aprendizagem de jovens:

“O instrumento celebrado junto ao MPT, favorecerá, dentre outros, os mais de 100 atletas não profissionais que dormem nos alojamentos, na medida em que tais adolescentes também têm direito a condições dignas de trabalho e moradia’, destacou Luis Carlos Carneiro Filho. Ele informa que o TAC prevê ainda que todos os atletas entre 14 e 16 anos devem ter contrato de aprendizagem com o clube, firmado

pelos pais ou responsável legal. Há também a obrigação do Vitória em garantir matrícula, frequência e bom rendimento escolar até a conclusão do ensino médio.

Dentre as obrigações, estão ainda a exigência de seguro de vida e acidentes pessoais e a realização de exames clínicos e psicológicos também no ato de da rescisão de contrato, com a obrigatoriedade de custear todo tratamento que se indicar necessário. Há ainda a indicação de que o alojamento coletivo dos atletas em formação deve ser exclusivo para os que residam longe da sede do clube, de forma a inviabilizar o deslocamento diário dos jovens até o local de treinamento. Ele terá que dispor de um profissional adulto responsável pela organização do espaço e contar com boxes individualizados nos banheiros e supervisão psicológica”.⁴¹

Artigos veiculados pela imprensa de todo o Brasil mostram que assim como na Bahia, o Ministério Público do Trabalho vem agindo em alguns Estados da Federação em prol dos direitos dos jovens atletas. Porém, os clubes de menor expressão nem sempre estão na lista da fiscalização, como indica o trecho retirado da versão online do jornal O Povo, do Ceará:

“O Ministério Público do Trabalho (MPT) decidiu dar atenção à realidade dos meninos das categorias de base e envia, a partir deste mês, notificações recomendativas, que contém uma cartilha de exigências de tratamento, a 60 clubes do futebol brasileiro. O intuito é preservar os atletas das categorias de base e evitar os maus-tratos e a exploração do trabalho infantil.

No Estado, a ação vai fiscalizar Ceará, Fortaleza e Icasa. *A iniciativa nacional do MPT contempla equipes que estejam participando atualmente das Séries A, B e C do Campeonato Brasileiro.*

‘Vamos fazer a verificação se eles (clubes) estão obedecendo à Lei Pelé. O foco principal é com relação a adolescentes que estejam em alojamentos, observando que vários se deslocaram de outros Municípios para atuarem nos clubes’, explicou o procurador do MPT no Ceará, Antônio Lima.

A ação do Ministério Público do Trabalho, desempenhada pela Coordenadoria de Combate à Exploração do Trabalho de Crianças e Adolescentes (Coordinfância), é avaliar o cumprimento dos deveres necessários de um clube para receber um jovem atleta”.⁴²

Nenhum dos clubes a que nossos entrevistados são filiados se encontra entre estes 90 citados na reportagem. Conforme dados divulgados pela CBF em 2009

41. VITÓRIA assina TAC com o MPT para disciplinar atuação de jovens atletas. Disponível em: [www.prt5.mpt.gov.br/module/publicacoes/publicacao.php?id=3218]. Acesso em: 06.09.2013.

42. MPT vai fiscalizar clubes cearenses contra trabalho infantil. Disponível em: [www.opovo.com.br/app/opovo/esportes/2013/04/11/noticiasportesjornal,3036859/por-um-futuro-bom.shtml]. Acesso em: 03.09.2013.

existiam 783 clubes de futebol profissional no Brasil.⁴³ Estes dados provam ser necessária uma intervenção governamental muito maior, capaz de exigir o cumprimento das inúmeras normas por nós citadas em todos os casos.

Buscando dar efetividade aos direitos das crianças e adolescentes, a CBF, executando função a ela estabelecida pelo § 3.^o⁴⁴ do art. 29 da Lei Pelé, criou em 2013 o Certificado de Clube Formador (CCF). Tal certificado deverá ser emitido em benefício das entidades de prática desportiva que preencham os requisitos legais, trazidos no anexo desta resolução da CBF. O CCF, a nosso entender, foi uma atitude inteligente adotada pela CBF, pois, observando as peculiaridades do futebol nacional, através desta medida pode, a médio e longo prazo, contribuir para que os clubes de futebol de todo o país respeitem os direitos da criança e do adolescente.

Explica-se: o já citado art. 29-A da Lei Pelé diz que até 5% do valor pago pela transferência nacional de um jogador de futebol serão obrigatoriamente distribuídos entre as equipes formadoras. Ou seja, formar jogadores é uma das formas de o clube adquirir capital. Se, a partir da criação do CCF apenas os clubes que detiverem tal certificado serão considerados formadores, não restam dúvidas de que os clubes irão tomar as atitudes cabíveis para o recebimento do CCF, com o pensamento no futuro, mais especificamente nos percentuais das transações dos jogadores por eles revelados.

No Rio de Janeiro apenas o Nova Iguaçu tem o CCF, sendo um exemplo de clube de menor investimento que respeita os direitos da criança e do adolescente.

Para lidar com este problema, a curto prazo, sugerimos a instauração de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) pelo Congresso Nacional para averiguar, em níveis nacionais, tudo o que fora por nós constatado e apresentado ao longo deste estudo. Espera-se que a CPI possa dar subsídios para que o Estado adote, de forma imediata, medidas capazes de implementar os direitos da criança e do adolescente. Outra medida plausível seria a exigência da apresentação do contrato de bolsa aprendizagem ou o contrato especial de trabalho desportivo pelas federações estaduais de futebol no ato da inscrição dos atletas de cada clube, o que obrigaria as equipes a firmarem os respectivos contratos caso quisessem ter os jogadores atuando em competições oficiais.

Infelizmente a falta de visão e a busca pelo lucro imediato, trazido pelo maciço investimento no futebol profissional ofusca o mais simplório raciocínio de que

43. Há no Brasil 783 clubes profissionais de futebol, diz CBF. Disponível em: [<http://esportes.r7.com/futebol/noticias/ha-no-brasil-783-clubes-profissionais-de-futebol-diz-cbf-20091023.html>]. Acesso em: 06.09.2013.

44. “§ 3.º A entidade nacional de administração do desporto certificará como entidade de prática desportiva formadora aquela que comprovadamente preencha os requisitos estabelecidos nesta lei.”

todos aqueles atletas que hoje são idolatrados nas categorias profissionais e trazem enorme retorno para seus clubes no chamado *marketing* esportivo, um dia vieram das categorias de base. É necessário que os clubes percebam que, a longo prazo, eles se beneficiarão com a injeção de mais recursos nas categorias de base. Os atletas revelados nestas categorias trarão em 10, 15 anos, um retorno considerável para o próprio clube.

Esse hoje, infelizmente, ainda não é o pensamento da maioria dos dirigentes. Com isso as categorias de base ainda vivem às margens do futebol profissional e o lado mais fraco dessa história, que são os adolescentes que ali se encontram, sofre com o desrespeito a seus direitos mais elementares.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Paulo Roberto Trombini, et al. Os motivos que levaram jogadores de futebol amador a abandonarem a carreira de jogador profissional. *EF y deportes*. ano 12. n. 115. Buenos Aires, dez. 2007. Disponível em: [www.efdeportes.com/efd115/motivos-que-levaram-a-abandonarem-a-carreira-de-jogador-profissional.htm]. Acesso em: 27.08.2013.
- AZEVEDO, Karen Prates de. O trabalho infanto-juvenil no futebol: Lei x Realidade. 2011. 76 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. Disponível em: [http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/31321/000779911.pdf?sequence=1]. Acesso em: 30.08.2013.
- BALZANO, Otávio Nogueira. A formação do jogador de futebol e sua relação com a escola. *EFDeportes.com, Revista Digital*. ano 17. n. 172. Buenos Aires, set. 2012. Disponível em: [http://www.efdeportes.com/efd172/a-formacao-do-jogador-de-futebol.htm]. Acesso em: 05.10.2013.
- BEM, Leonardo Schmitt de; RAMOS, Rafael Teixeira. *Direito desportivo: tributo a Marcílio Krieger*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm]. Acesso em: 06.10.2013.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: *Diário Oficial da União*, 05.10.1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm]. Acesso em: 11.08.2013.
- _____. Decreto n. 99.710. Promulga a convenção sobre os direitos da criança. *Diário Oficial da União*, 21.11.1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm]. Acesso em: 25.08.2013.
- _____. Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei federal 8.069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002.
- _____. Lei n. 9.615. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 24.03.1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9615consol.htm]. Acesso em: 25.08.2013.

- CAVALCANTI, Tiago Muniz. Breves considerações sobre a proteção dos atletas mirins e a atuação do Ministério Público do Trabalho. Disponível em: [www.google.com.br/url?sa=t&rc=tj&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CDAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.fabrecursosjuridicos.com.br%2Fead%2Ffiles.php%3Fid%3D335&ei=K3hRUrXXGIP28wS7koBo&usg=AFQjCNEiaeKYw822XwSVHGK9V yukg3qqCw&sig2=uNsieMHLyD6VR61MljrEHA&bvm=bv.53537100,d.eWU]. Acesso em: 02.10.2013.
- CT das categorias de base do Vasco onde atleta morreu é fechado por ordem da Justiça. Disponível em: [www.otempo.com.br/superfc/futebol/ct-das-categorias-de-base-do-vasco-onde-atleta-morreu-%C3%A9-fechado-por-ordem-da-justi%C3%A7a-1.142789]. Acesso em: 06.09.2013.
- DIGIÁCOMO, Murillo José. *Adolescentes jogadores de futebol: da necessidade de coibir os abusos de que são vítimas*. Disponível em: [www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1043]. Acesso em: 27.09.2013.
- EZABELLA, Felipe Legrazie. *O direito desportivo e a imagem do atleta*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.
- GLOBOESPORTE.COM. *Nova Iguaçu recebe certificado de clube formador da CBF*. Disponível em: [<http://globoesporte.globo.com/rj/serra-lagos-norte/noticia/2013/08/nova-iguacu-recebe-certificado-de-clube-formador-da-cbf.html>]. Acesso em: 12.09.2013.
- GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- Há no Brasil 783 clubes profissionais de futebol, diz CBF. Disponível em: [<http://esportes.r7.com/futebol/noticias/ha-no-brasil-783-clubes-profissionais-de-futebol-diz-cbf-20091023.html>]. Acesso em: 06.09.2013.
- LANCENET. *CBF regulamenta certificação para clubes formadores: Entidade dará 'alvará' temporário para quem cumprir requisitos*. Disponível em: [www.lancenet.com.br/minuto/CBF-regulamenta-certificado-clubes-formadores_0_633536799.html]. Acesso em: 25.08.2013.
- MELO FILHO, Álvaro. *Direito desportivo: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.
- MIGUEL, Ricardo Georges Affonso. A possibilidade de contratação do atleta menor de futebol e a utilização do instituto da antecipação de tutela para a transferência do atleta de futebol. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1.ª Região*. vol. 21. n. 47. jan.-jun. 2010. Rio de Janeiro/RJ.
- MPT vai fiscalizar clubes cearenses contra trabalho infantil. Disponível em: [www.opovo.com.br/app/opovo/esportes/2013/04/11/noticiaesportesjornal,3036859/por-um-futuro-bom.shtml]. Acesso em: 03.09.2013.
- POLI, Gustavo; CARMONA, Lédio. *Almanaque do futebol*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2006.
- REIS, Jair Teixeira Dos. *Curso de direitos humanos: teorias e questões*. Rio de Janeiro: Ferreira, 2012.
- REZENDE, José Ricardo. *Nova legislação de direito desportivo: preparando o Brasil para a Copa de 2014 e Olimpíadas 2016*. São Paulo: All Print, 2010.

- SÁ FILHO, Fábio Menezes de. *Contrato de trabalho desportivo: revolução conceitual de atleta profissional de futebol*. São Paulo: Ltr, 2010.
- SANTINI, Daniel. Após morte de adolescente, MPT pretende processar Vasco por trabalho infantil: Procuradora diz que tentou negociar por mais de um ano ajustamento de conduta. Diretoria argumenta que exigências não estão previstas na Lei Pelé. Disponível em: [<http://reporterbrasil.org.br/2012/02/apos-morte-de-adolescente-mpt-pretende-processar-vasco-por-trabalho-infantil/>]. Acesso em: 02.09.2013.
- _____. Contra trabalho infantil no futebol, OIT cobra mudanças nas categorias de base: Entidade aponta problemas graves sistemáticos, incluindo violência sexual contra crianças, e cobra medidas urgentes do governo e dos clubes. Disponível em: [<http://reporterbrasil.org.br/2012/02/contra-trabalho-infantil-no-futebol-oit-cobra-mudancas-nas-categorias-de-base/>]. Acesso em: 01.09.2013.
- _____. Governo federal promete apertar cerco contra trabalho infantil no futebol: Ministério do Trabalho e Emprego prepara fiscalização nos clubes após morte de adolescente no Vasco. Realização da Copa no país preocupa autoridades. Disponível em: [<http://reporterbrasil.org.br/2012/02/governo-federal-promete-apertar-cerco-contra-trabalho-infantil-no-futebol/>]. Acesso em: 02.09.2013.
- SILVEIRA, Caio; AMARAL, Carlos; CAMPINEIRO, Débora. Trabalho infantil: examinando o problema, avaliando estratégias de erradicação. Disponível em: [www.promenino.org.br/Portals/0/docs/ficheros/200409170005_15_0.pdf]. Acesso em: 20.09.2013.
- TEIXEIRA, Carlos Eduardo Senareli; LIMA, Edimilson Duarte de; LAUER, Rafael Nuernberg. Da pobreza ao sucesso: O imaginário social de jogadores de futebol oriundos de comunidades com baixa renda e que ascenderam socialmente. Disponível em: [www.encontro2011.abrapso.org.br/trabalho/view?ID_TRABALHO=3559]. Acesso em: 01.10.2013.
- TULESKI, Angélica Nayara Rodrigues; Shimanoe, Claudio Roberto. O trabalho infantil e os direitos trabalhistas do jogador de futebol menor de idade. *Revista Capital Científico – Eletrônica (RCC)*. vol. 11. n. 2. 2013. Disponível em: [<http://revistas.unicentro.br/index.php/capitalcientifico/article/view/2477>]. Acesso em: 04.10.2013.
- URNAU, Evandro Luis. *Peculiaridades dos contratos de trabalho dos atletas profissionais de futebol*. Disponível em: [<http://jus.com.br/artigos/18561/peculiaridades-dos-contratos-de-trabalho-dos-atletas-profissionais-de-futebol/1>]. Acesso em: 29.09.2013.
- Vitória assina TAC com o MPT para disciplinar atuação de jovens atletas. Disponível em: [www.prt5.mpt.gov.br/module/publicacoes/publicacao.php?id=3218]. Acesso em: 06.09.2013.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Erradicação do trabalho infantil: normas internacionais e brasileiras, de Orís de Oliveira – *RDT* 96/7 (DTR\1996\429);
- O trabalho infantil no Brasil: evolução, legislação e políticas visando sua erradicação, de José Paulo Zeetano Chahad e Emylli Helmer Santos, *RDT* 124/95, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 4/603, *Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social* 2/1273 (DTR\2006\646); e
- Trabalho infantil: entre o enfrentamento e a persistência, de Márcia Iara Costa da Silva, Naira Rodrigues Alves da Silva e Rosane Izidório dos Santos Souza – *RDIJ* 3/253 (DTR\2014\2172).

O DIREITO NOS ÁLBUNS DE FIGURINHAS

PEDRO ARRUDA ALVIM WAMBIER

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

GUILHERME CONSUL CHARLES

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

ÁREA DO DIREITO: Desportivo, Consumidor

RESUMO: Este texto consiste em uma explanação sobre como o mecanismo de liberação da imagem do jogador para a confecção de álbuns de figurinhas se deu ao longo do tempo e como se dá hoje, abordando-se os possíveis e frequentes conflitos decorrentes da violação do direito de imagem do atleta, incluindo casos paradigmáticos da jurisprudência. Além disso, será tratada também a peculiaridade presente no álbum da Copa do Mundo de 2014, da Panini, referente aos direitos do consumidor, que trouxe grande discussão em torno da publicidade abusiva.

PALAVRAS-CHAVE: Álbum – Figurinha – Cromo – Copa do mundo – Panini – Copa União – Direito – Imagem – Conflito – Dano – Cessão – Publicidade – Abusividade – Propaganda – Consumidor.

ABSTRACT: This text is an explanation about how the mechanism of legally making use of the players' image inside the stickers' albums has worked over time and how it works today. The possible and frequent conflicts, which stem from the violation of the athlete's image right were also mentioned, including paradigmatic cases in Brazilian case law. Besides, the article deals also with the peculiarity noticed in the 2014 World Cup Stickers Album, from Panini, about the consumers' rights, which brought a hot debate about the abusive publicity.

KEYWORDS: Album – Sticker – World cup – Panini – Right – Image – Conflict – Harm – Donation – Publicity – Abusive – Consumer.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O direito de imagem: 2.1 Panorama; 2.2 Conflitos: 2.2.1 O contrato civil entre clube e atleta; 2.2.2 O dano – 3. Direitos do consumidor e o álbum de figurinhas – 4. Casos emblemáticos/curiosidades: 4.1 A seleção inglesa; 4.2 A seleção espanhola; 4.3 Ronaldo e Roberto Carlos; 4.4 Copa do mundo de 1978 – 5. Notas conclusivas – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Ao comprar um envelope de figurinhas, ao colá-las no álbum, ao trocar com colegas e ao completar o livro ilustrado, geralmente as pessoas não se dão conta do significativo contexto jurídico que está por detrás de tudo isso. Para se conseguir disponibilizar os rostos de centenas de jogadores nas páginas dos álbuns, a editora deve realizar uma ginástica jurídica em torno dos direitos de imagem daqueles que

terão sua face sendo comercializada por milhares de bancas ao redor do mundo. Nem sempre, porém, este procedimento é feito de maneira adequada, podendo gerar inúmeros conflitos jurídicos que alimentam extensas discussões doutrinárias e de divergências jurisprudenciais. É notório que este tema é de grande relevância, destacando-se o fato de estarmos em um período de efervescência (pré-Copa) no qual diversas gerações se reúnem para trocar os cromos, e tentar completar seus álbuns. Justamente por ser este meio tão difundido de entretenimento, o álbum de figurinhas é um espaço ideal para empresas divulgarem sua marca. Isso, no entanto, da maneira como foi feito no álbum atual, não foi visto com bons olhos por aqueles que colecionam. Não é de se estranhar que esta repulsa também tenha implicado problemas jurídicos, altamente discutidos em torno do Código do Consumidor. Houve pressão em relação à editora para que ela cedesse em favor do bom andamento de seus negócios. Este artigo abordará todas estas questões, que fazem do álbum de figurinhas muito mais do que um simples colar, trocar e completar.

2. O DIREITO DE IMAGEM

2.1 *Panorama*

O direito de imagem é de natureza constitucional e personalíssima (art. 5.º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”),¹ e tem a característica de ser parcialmente indisponível, pelo fato de se poder cedê-lo para sua exploração comercial, como no caso de atores, modelos e jogadores de futebol. Havendo lesão a este direito, pode-se requerer a cessação do ato lesivo e a indenização pelos danos sofridos: “Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.²

No futebol, a exploração de direitos de imagem do jogador é prática recorrente, ainda mais nos dias atuais, em que estes chegam a ser considerados “semideuses” e estão em contato frequente com a mídia. Existem casos, não raros, em que o rendimento do atleta fora de campo, apenas pelos efeitos gerados pela sua imagem, é mais frutífero ao clube do que sua atuação dentro das quatro linhas, em função da grande procura por materiais oficiais com seu nome estampado, de campanhas publicitárias milionárias e estádios lotados de fãs que pagam ingressos para venerar seu ídolo.

Para que isso se torne possível, os atletas geralmente firmam, além do contrato especial de trabalho, outro contrato de natureza civil, que permite a cessão da sua

1. BRASIL, Constituição Federal de 1988.

2. BRASIL, Código Civil de 2002.

imagem, do seu apelido, da sua voz etc., para a exploração em de campanhas de marketing, propagandas, por exemplo, com a devida contraprestação. Não se pode, no entanto, confundi-lo com o direito de arena, que é a permissão, intrínseca à profissão de atleta, de se transmitir sua imagem durante as partidas, ou seja, durante o exercício desta.

A cessão do direito de imagem é garantida na Lei Pelé, art. 87-A: “O direito ao uso da imagem do atleta pode ser por ele cedido ou explorado, mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições incondutíveis com o contrato especial de trabalho desportivo”.³ Vê-se, pois, que deve haver um consentimento expresse e escrito do jogador para que a utilização de sua imagem não configure ato ilícito. Em relação aos álbuns de figurinhas, isso não é diferente: as editoras não podem se apoderar de imagens de atletas sem autorização. Devem regularizar isso de forma a utilizar a imagem do jogador de maneira legal, com a devida anuência deste.

2.2 *Conflitos*

O que se vê, no entanto, é o recorrente surgimento de conflitos entre jogadores, clubes e editoras. Não há dúvida quanto ao fato de que, ao ter sua imagem exposta em álbuns sem sua autorização, o atleta tem o direito de pedir indenização à editora responsável pela publicação.

Como ensina nosso mestre Gustavo Delbin:

“O fato de o clube ter autorizado o uso da imagem de seu atleta para fins comerciais pela editora e esta ter-se beneficiado da situação, não exigindo a participação do atleta no contrato firmado para confecção do álbum de figurinhas, importam na necessidade de reparação dos danos experimentados pelo autor”.⁴

Existem duas situações que ensejam conflitos doutrinários e jurisprudenciais atinentes ao direito de imagem nos álbuns de figurinhas.

2.2.1 *O contrato civil entre clube e atleta*

O contrato de natureza civil que o atleta firma com o clube de forma acessória ao contrato especial de trabalho pode trazer muitas implicações ao seu direito de imagem quanto aos álbuns de figurinhas.

A situação tem início quando, muitas vezes, a editora do livro ilustrado firma o contrato de cessão de imagem para a realização do cromo com o clube em que o

3. BRASIL, Lei 9.615 de 24.03.1998 – Lei Pelé.

4. Disponível em: [www.gustavodelbin.com/2012/12/uso-indevido-de-imagem-de-jogador-de.html]. Acesso em 23.04.2014.

jogador atua, em vez de fazê-lo diretamente com quem terá seu rosto exposto nas banquinhas ao redor do país. Com isso, surgem diversos questionamentos: pode o clube agir desta forma? Teria o atleta consentido tacitamente ao assinar o contrato de natureza civil? Mitiga-se, em casos assim, a indisponibilidade do direito à imagem em prol da realização do álbum?

O determinante para responder a estas perguntas é saber como foi firmado este contrato de natureza civil entre atleta e clube, uma vez que estes, hoje em dia, podem tratar de inúmeras possibilidades, desde a cessão de apelido, até a da completa cessão da imagem (dando poder para o clube negociá-la com a editora), contendo previsões expressas de cada uma dessas possibilidades. Pois então, dependendo das cláusulas deste contrato, o clube, por sua vez, tem ou não o poder de ceder o direito de imagem para um terceiro, que seria a editora. No caso de haver anuência contratual do atleta, autorizando a cessão de sua imagem para terceiros com fins lucrativos, não pode este alegar violação à sua imagem.⁵

Este problema decorre de uma prática costumeira exercida no momento da realização de contratos de imagem, e não de uma regra expressa. Na década de 80, quando a imagem de um jogador não valia tanto quanto hoje, era frequente as editoras firmarem os contratos de cessão com os clubes na condição de empregadores, e ficava por isso mesmo, não sendo comuns alegações de infração à imagem, tratando-se meramente de um costume exercido naquele tempo. Com o passar dos anos, e o expressivo aumento do valor da imagem dos atletas, é que os contratos passaram a ser feitos individualmente (como costuma acontecer hoje), de forma que é raro haver um clube que tenha poder para ceder a imagem de seus atletas a terceiros, devendo estes ser consultados pessoalmente pelas editoras dos livros ilustrados.

Há, ainda hoje, repercussões desta mudança de costume, principalmente em relação aos álbuns dos campeonatos brasileiros de 1987, 1988, 1989 e 1991, os quais acarretaram em muitas ações judiciais que ainda correm no Poder Judiciário.

O caso do atleta Carlos Alberto Luciano é paradigmático. No ano de 2010, ele ajuizou uma ação contra a Editora Panini, objetivando reparação de dano referente ao uso indevido de sua imagem no álbum do Campeonato Brasileiro de 1991. Na contestação, a Panini denunciou a lide ao Fluminense, alegando que havia firmado um contrato com o clube das Laranjeiras, no qual ele cedeu o direito de imagem do jogador para a publicação no álbum, tendo se responsabilizado por possíveis danos alegados por seus atletas. Além disso, a Panini, no mérito, alegou que não teria

5. O que não cabe nesta situação, no entanto, é a alegação das editoras de que o jogador, ao posar para a foto, estaria consentindo tacitamente com a publicação da sua imagem no álbum. O direito à imagem é personalíssimo, e sua característica de parcial indisponibilidade só pode ser exercida por ele, e por mais ninguém, muito menos de forma tácita.

havido dano, uma vez que era de interesse do jogador a divulgação de sua imagem em âmbito nacional, ou seja, isso contribuiria para sua carreira em tempos em que não havia internet. O Fluminense, na sua defesa, alegou que a competência era da Justiça do Trabalho, e não da Justiça Comum, uma vez que qualquer indenização que fosse pagar ao atleta seria de natureza trabalhista. A Justiça de Minas Gerais rejeitou todas as defesas e condenou a Panini a 12 mil reais de indenização, assim como concedeu-lhe o direito de regresso ao denunciado Fluminense.

No recurso de apelação, houve um conflito de competência, no qual o Tribunal de Minas Gerais cassou sua própria sentença e remeteu os autos à Justiça do Trabalho, e esta, por sua vez, também se disse incompetente para julgar. O caso foi parar no STJ, e a Min. Nancy Andrighi brilhantemente retirou a responsabilidade da Panini:

“Em outras palavras, considerando-se que a titularidade do direito de uso da imagem do autor por parte do clube empregador deve anteceder o contrato de cessão entre a editora e o clube e que o clube denunciado com o qual o autor celebrou contrato de trabalho (fato esse incontroverso) alega que esse último autorizou o uso da sua imagem expressamente embora não mencione em que oportunidade e de que forma se operou o consentimento inclusive podendo cedê-lo, não há como se analisar a responsabilidade da editora pelo alegado ilícito sem se perquirir acerca da existência dessa suposta autorização conferida ao empregador, que o tornaria titular de direito que cedeu a terceiro, *in casu*, a editora”.⁶

Essa decisão é emblemática, pois trata, justamente, da análise da essência do contrato civil celebrado entre o clube e o atleta, que é o ponto chave para a resolução destes casos. Não há que se falar em responsabilidade da editora, uma vez que essa firmou um contrato com alguém (o clube) que dizia que detinha o poder de conceder o direito de imagem de determinado jogador. Não seria razoável imaginar que a editora deveria ter pensado na possibilidade de o clube estar cedendo-a de maneira ilegal. Portanto, este caso deve ser resolvido tendo como foco o contrato de imagem entre o clube e o atleta, ou seja, se realmente houve o consentimento do jogador, o seu pedido é improcedente, mas, se não houve, o clube deveria indenizá-lo por tê-la cedido. Isso, portanto, foi remetido à Justiça do Trabalho, uma vez que a Ministra determinou que a relação é sim de natureza trabalhista.

2.2.2 O dano

Outra questão interessante que se coloca é a necessidade ou não de existência de dano indenizável (efetivo prejuízo) na publicação da imagem do atleta no cromo.

6. Disponível em: [ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=16145141&sReg=201001336240&sData=20110831&sTipo=51&formato=PDF]. Acesso em: 23.04.2014.

Quando se trata de direito da personalidade e do requerimento de indenização por danos morais, a doutrina é firme em asseverar que basta comprovar o fato que acarretou neste possível desconforto moral ao indivíduo. Ele não precisa demonstrar porque se sentiu lesado, ou seja, a lesão se opera *in re ipsa*. Em relação aos álbuns de figurinhas, no entanto, isso não é claro na jurisprudência, de maneira a causar uma real discussão, com argumentos sólidos de ambos os lados.

Entretanto, pode-se entender que o uso não autorizado da imagem nos álbuns de figurinhas, não é visto como um dano, mas ao contrário: uma promoção à imagem do atleta, uma valorização desta, que estará estampada em milhões de álbuns por todo o país, e até pelo mundo. Parece-nos razoável pensar que o fato de que uma criança rasgar ansiosamente um envelope, desejando ter adquirido o rosto de um determinado jogador, é uma benesse à sua imagem, não podendo jamais ser considerado algo que possa lesá-la.

No entanto, tem sido frisada na jurisprudência a prescindibilidade de prova do dano nos casos de violação ao direito da personalidade, bastando provar que houve a violação. Ou seja, se houve um uso indevido da imagem do atleta, basta comprová-lo para ensejar o pagamento de indenização. Seguindo esta linha, os atletas que têm sua imagem exposta nos álbuns e ajuízam uma ação, alegam danos morais pela exposição sem seu consentimento, sem mais considerações ou necessidade de provar as circunstâncias concretas do prejuízo.

A divergência nos tribunais, como já dito, tem se dado pela dúvida a respeito de isso consistir mesmo em um dano ou não. O que vem ocorrendo é que os tribunais inferiores não uniformizam suas decisões, e estas, geralmente, acabam por ser reformadas pelo STJ. O Superior Tribunal tende a decidir de modo favorável ao atleta, visto que sua jurisprudência tem se dado no sentido de reconhecer a existência de dano moral nas situações em que há a mera violação aos direitos personalíssimos como o da honra, imagem, privacidade própria e das comunicações, sem a necessidade de prova do prejuízo.

Em relação a este tema, há também um caso paradigmático e abrangente na jurisprudência: Sergio Freire Bello, ex-jogador profissional do Esporte Clube Bahia, ajuizou ação indenização por danos morais contra a Editora Abril, em virtude de lançamento de álbum de figurinhas da Copa União, no qual fora incluído sem sua autorização.

A sentença julgou improcedente o pedido. O autor interpôs recurso de apelação e o TJRS, na figura da relatora Desembargadora Liége Puricelli Pires negou provimento ao recurso:

“A utilização indevida da imagem de atleta profissional em livro ilustrado – figurinhas – configura ato ilícito passível de indenização. Entretanto, inexistente qualquer vinculação prejudicial ao atleta, uma vez participar de revista ilustrada para promoção da Copa União 1987, havendo procura pelos consumidores ávidos para preen-

cher álbum com seus respectivos ídolos. Tal fato acarretou na valoração da imagem do atleta profissional, inexistindo dano indenizável. Restando ausente ofensa aos chamados direitos de personalidade, não há se falar em indenização dano moral. Apelo desprovido”.⁷

O STJ, porém, seguindo sua tendência, reformou a decisão, em julgamento tendo como relator o Min. Sidnei Beneti:

“Embora reste assentado no Acórdão recorrido que o agravante não comprovou a existência do dano, há que se ressaltar que, no presente caso, a ofensa se materializa com a mera utilização da imagem sem autorização, ainda que não tenha caráter vexatório, não havendo que se cogitar da comprovação do dano ou de prejuízo moral ou material. Não há que se confundir, pois, a violação do direito de imagem com o chamado dano moral ou material. São coisas distintas. O entendimento do Tribunal *a quo* destoa, portanto, do firmado por esta Corte, em situações semelhantes, em que se concluiu tratar-se de prática ilícita, passível de indenização, à exploração da imagem, sem anuência da pessoa. Pelo exposto, dá-se provimento ao Recurso Especial, condenando-se a ora Recorrida ao pagamento de indenização, devidamente corrigida e com juros de mora”.⁸

Esse caso é paradigmático, pois demonstra muito bem a divergência doutrinária existente, ou seja, não é unânime a opinião dos magistrados a respeito do uso da imagem nos álbuns de figurinhas sem autorização. O STJ entra em cena justamente para isso, para, cumprindo sua função, uniformizar as teses jurídicas, criando precedentes de modo que as tendências se firmem como verdades.

3. DIREITOS DO CONSUMIDOR E O ÁLBUM DE FIGURINHAS

A edição de 2014 do álbum de figurinhas da Copa do Mundo conta com 649 cromos autocolantes, sendo que cada embalagem contém cinco figurinhas e custa R\$ 1,00 (um real). Desta forma, cada pessoa precisaria de, no mínimo e em caso de não aparecer nenhuma figurinha repetida – fato praticamente impossível de ocorrer – R\$ 130,00 (cento e trinta reais) para completar o álbum (valor apenas dos cromos, sem contar com o eventual valor do álbum). É, sem dúvida alguma, um valor relativamente elevado para um simples *hobby*, que não representa serviço ou benefício direto para seus praticantes.

A editora Panini, responsável pela produção do álbum de figurinhas, trouxe em 2014 uma novidade que não agradou os aficionados: dentre os 649 cromos neces-

7. Disponível em: [<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21060414/recurso-especial-resp-1219197-rs-2010-0201169-3-stj/relatorio-e-voto-21060416>]. Acesso em: 24.04.2014.

8. Idem.

sários para finalizar o livro ilustrado, 9 deles são de conteúdo publicitário, relativo às empresas *Wise Up*, *Johnson's & Johnson's* e *Liberty Seguros*.

A publicidade dentro dos álbuns não é novidade, mas nas últimas edições ela esteve sempre ligada à Fifa, entidade suíça de direito privado organizadora da Copa do Mundo de Futebol e ficou adstrita à impressão nas páginas comuns. Desta vez, tal ação publicitária se deu de forma distinta, com as empresas supracitadas financiando a produção de cromos divulgando a própria imagem e inserindo-as dentro das embalagens das figurinhas comuns, o que gerou grande revolta nos colecionadores. A principal reclamação ficou por conta da compra compulsória de algo que não seria do interesse do comprador, tendo em vista que os atrativos são exclusivamente as imagens dos jogadores e os emblemas das seleções participantes da competição.

Tendo em vista o panorama apresentado, a Associação Brasileira de Defesa do Consumidor (Proteste)⁹ notificou a Panini de forma que esta realizasse a troca das figurinhas de conteúdo publicitário pelas “comuns” para os consumidores que assim solicitassem. Tal medida teve seu fundamento no art. 18, § 1.º, I, § 3.º e § 6.º, III, do CDC:

“Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1.º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I – a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

(...)

§ 3.º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1.º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

(...)

§ 6.º São impróprios ao uso e consumo:

(...)

9. Disponível em: [www.proteste.org.br/familia/nc/noticia/exija-a-troca-dos-cromos-institucionais]. Acesso em: 14.05.2014.

III – os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam”.¹⁰

Entende-se que as figurinhas institucionais, por não representarem o objeto desejado pelo consumidor, deveriam estar presentes nos pacotes como cromos *extras*, vindo além do conteúdo anunciado em cada embalagem. Desta maneira, haveria cinco cromos “comuns” e um institucional extra dentro dos pacotes, o que permitiria a divulgação da imagem das empresas sem interferir na motivação principal do consumidor em relação ao álbum.

Em entrevista,¹¹ o diretor-presidente da editora Panini José Eduardo Severo Martins afirma que a ação é meramente institucional, não atribuindo o crivo de publicidade à mesma. Justifica, ainda, dizendo que a distribuição dos livros ilustrados de maneira gratuita só se deu em larguíssima escala devido ao apoio oferecido por estas empresas.

Como contraponto, afirma-se que não há qualquer notificação expressa aos consumidores quanto à presença dos cromos institucionais em meio ao produto principal. A justificativa para tal reclamação está no art. 31 do CDC:

“Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.¹²

Há ainda um importante ponto a ser explorado: a inclusão das figurinhas institucionais em meio às ordinárias pode ser considerada como publicidade abusiva? Tal discussão veio à tona após a leitura de um relato¹³ de uma mãe que viu seu filho e outros 120 alunos receber, dentro da creche, o álbum de figurinhas da Copa do Mundo sem sua – e dos outros responsáveis – autorização prévia. Entende-se que, por mais que a ação possa ter sido vista por alguns como uma ampliação da possibilidade de se ter um objeto intensamente divulgado e desejado no período, de rigor, como o fato de possuir o álbum vazio certamente levaria as crianças à vontade de comprar as figurinhas, e, dentre estas, estariam as que representam a propaganda das empresas já citadas, esta doação estaria enquadrada como publicidade abusiva de acordo com o art. 37, § 2.º, do CDC:

10. BRASIL, Lei 8.078 de 11.09.1990.

11. Disponível em: [<http://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/apos-criticas-sobre-cromos-de-publicidade-do-album-da-copa-panini-diz-que-fara-troca-12163184>]. Acesso em: 14.05.2014.

12. BRASIL, Lei 8.078 de 11.09.1990.

13. Disponível em: [<http://potencialgestante.com.br/tag/editora-panini>]. Acesso em: 14.05.2014.

“Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

(...)

§ 2.º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”¹⁴ (grifos nossos).

Além disso, há uma recente previsão legal que se refere especialmente à ação realizada pela editora, trazida pela Res. 163, art. 1.º e art. 2.º, § 2.º:

“Art. 1.º Esta Resolução dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente, em conformidade com a política nacional de atendimento da criança e do adolescente prevista nos arts. 86 e 87, incisos I, III, V, da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.

§ 1.º Por ‘comunicação mercadológica’ entende-se toda e qualquer atividade de comunicação comercial, inclusive publicidade, para a divulgação de produtos, serviços, marcas e empresas independentemente do suporte, da mídia ou do meio utilizado.

§ 2.º A comunicação mercadológica abrange, dentre outras ferramentas, anúncios impressos, comerciais televisivos, spots de rádio, banners e páginas na internet, embalagens, promoções, merchandising, ações por meio de shows e apresentações e disposição dos produtos nos pontos de vendas”.

“Art. 2.º (...)

§ 2.º Considera-se abusiva a publicidade e comunicação mercadológica no interior de creches e das instituições escolares da educação infantil e fundamental, inclusive em seus uniformes escolares ou materiais didáticos”.¹⁵

Fica claro aqui o abuso na distribuição ostensiva dos livros ilustrados da Copa do Mundo de 2014 pela editora Panini. No exemplo supracitado, reitera-se que não houve qualquer óbice à entrega dos álbuns dentro da creche, não tendo havido nem mesmo consulta prévia aos responsáveis ou a possibilidade dos alunos não receberem o objeto. Desta maneira, a criança tem despertada a vontade de comprar os cromos a fim de completar o álbum que acabara de ganhar.

O entendimento aqui é que a atitude da Panini em inserir os cromos institucionais como parte integrante do álbum, exigindo o pagamento do mesmo como outro qualquer, foi equivocada e vai de encontro às previsões normativas. A empresa foi notificada pela Associação Brasileira de Direito do Consumidor, que solicitou que

14. BRASIL, Lei 8.078 de 1.09.1990.

15. BRASIL, Resolução 163, de 13.03.2014. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 04.04.2014, n. 65, Seção 1.

cada ponto de venda tenha exposto claramente um aviso expressando a obrigatoriedade de troca imediata pela editora dos cromos institucionais pelos tradicionais, quando houver solicitação por parte do consumidor, que não deve ter qualquer tipo de ônus.

Em relação à distribuição dos álbuns em ambiente escolar, é evidente a violação às normas pela editora, que deveria ser sancionada de acordo com o art. 56 do CDC, mais precisamente no seu inc. VI, que prevê a suspensão de fornecimento de produtos ou serviço, o que impediria a entrega dos livros ilustrados gratuitamente nas instituições de ensino.

4. CASOS EMBLEMÁTICOS/CURIOSIDADES

Não poderíamos chegar ao fim deste artigo sem antes elencar fatos curiosos envolvendo o direito e a publicação dos álbuns de figurinhas. Esses fatos, porém, muitas vezes passam despercebidos, o que nos estimulou a trazê-los aqui.

4.1 *A seleção inglesa*

Desde 1990, quando a Panini adquiriu exclusividade para a confecção do álbum de figurinhas da Copa do Mundo, a Inglaterra não cede o direito de exibir seu escudo e seu uniforme, tendo isto ocorrido de novo no álbum da Copa deste ano.

O que acontece é que a FA (Football Association, órgão equivalente à nossa CBF) tem contrato com outra empresa de livros ilustrados, a americana Topps. Portanto, os direitos de imagem da Federação não podem ser explorados pela Panini.

Para conseguir incluir a página da Seleção Inglesa nos álbuns, a Panini firma um contrato individual com cada jogador inglês, e faz uma montagem no cromo, colocando uma camiseta branca lisa em cima da que o jogador veste na foto. A figurinha brilhante, em vez de mostrar o escudo da equipe, exibe a bandeira da Inglaterra. E, a foto da escalação, por fim, contém somente os rostos de cada atleta. Apesar de estranho, foi a forma que a Panini encontrou para driblar esta condição imposta pelos ingleses.

4.2 *A seleção espanhola*

Em 2002, foi a vez da Espanha não liberar seus direitos para a Panini. Desta feita, no entanto, a editora optou por não fazer tais montagens, e sim pedir a liberação diretamente para os clubes nos quais os atletas atuavam. Assim, a página da Seleção Espanhola exibia camisetas de Barcelona, Real Madrid, Deportivo La Coruña, entre outros.

4.3 *Ronaldo e Roberto Carlos*

No álbum do Campeonato Brasileiro de 2010, provavelmente todos que colecionaram sentiram a ausência dos pentacampeões na página do time do Corinthians, Ronaldo e Roberto Carlos.

Motivo: ambos não concordaram em receber o mesmo valor para a liberação da imagem do que os outros jogadores do elenco, e, por isso, não aceitaram que sua imagem fosse comercializada em figurinhas da Panini.

4.4 *Copa do Mundo de 1978*

Na Copa do Mundo de 1978, na Argentina, direitos de imagem e licenciamento eram institutos do direito praticamente inexistentes e, com isso, não havia ainda a exclusividade da Panini em confeccionar os álbuns das Copas do Mundo, como é hoje.

Isso permitia que houvesse diversos álbuns de editoras diferentes. No Brasil, o que mais fez sucesso foi o álbum “Brasil na Argentina”, que reservava cinco páginas para a Seleção canarina. Em 1990, no entanto, esta prática teve fim, uma vez que o direito de fazer álbuns da Copa do Mundo da Fifa passou a ser somente da Panini.

5. NOTAS CONCLUSIVAS

A conclusão principal que se pode extrair destas anotações é que, realmente, o álbum de figurinhas ultrapassa o mero âmbito do entretenimento, de colar e trocar cromos, já que se insere num vasto contexto jurídico em seus bastidores, muitas vezes desconhecidos por parte dos colecionadores. Em ano de Copa do Mundo, e, conseqüentemente, de álbum de figurinhas, esta leitura pode ser interessante para aqueles que além de colecionar, têm curiosidade em saber quais são os aspectos jurídicos que envolvem o livro ilustrado.

Em relação aos conflitos judiciais, atualmente não se tem os visto muito frequentemente, uma vez que a realização de álbuns passou a ser procedimento padrão. Todos sabem que, de quatro em quatro anos haverá Copa, e, portanto, um álbum de figurinhas, sendo previsível a necessidade de liberação da imagem para que este possa ser confeccionado. Os processos que correm até hoje na Justiça dizem respeito a problemas que tiveram origem na época em que não havia essa previsibilidade.

No tocante ao ponto da publicidade abusiva realizada pela Panini neste ano, fica a lição para que esta, nos próximos álbuns, não repita esta prática, buscando outra forma de satisfazer seus patrocinadores, de modo que estes continuem a possibilitar a vasta distribuição gratuita dos livros sem ferir a legislação reguladora do assunto.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BLOG GUSTAVO DELBIN. Disponível em: [www.gustavodelbin.com/2012/12/uso-indevido-de-imagem-de-jogador-de.html]. Acesso em: 23.04.2014.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988.
- _____. Lei 9.615 de 24 de março de 1998 – Lei Pelé.
- _____. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 – CDC.
- _____. Resolução 163, de 13 de março de 2014. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 4 de abril de 2014, n. 65, Seção 1.
- CONJUR. Jogadores precisam autorizar uso de fotos em álbum. Disponível em: [www.conjur.com.br/2011-mai-02/jogadores-autorizar-uso-fotos-album-figurinhas]. Acesso em: 24.04.2014.
- DIREITO EM FOCO. Jogadores de futebol, álbum de figurinha e direito. 09.06.2013. Disponível em: [<http://advogadolouisdolabela.blogspot.com.br/2013/06/jogadores-de-futebol-album-de-figurinha.html>]. Acesso em: 19.04.2014.
- EZABELLA, Felipe Legrazie. *O direito desportivo e a imagem do atleta*. São Paulo: Thompson/IOB, 2006.
- GLOBO. Após críticas sobre cromos de publicidade, Panini diz que fará troca. Disponível em: [<http://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/apos-criticas-sobre-cromos-de-publicidade-do-album-da-copa-panini-diz-que-fara-troca-12163184>]. Acesso em: 14.05.2014.
- GRAVATA DE SEDA: Figurinhas de jogadores e o direito de imagem. 10.10.2012. Disponível em: [<http://gravatadeseda.wordpress.com/2012/10/10/figurinhas-de-jogadores-e-o-direito-de-imagem/>]. Acesso em: 19.04.2014.
- POTENCIAL GESTANTE. Álbum de figurinhas. Disponível em: [<http://potencialgestante.com.br/tag/editora-panini>]. Acesso em: 14.05.2014.
- PROTESTE. Exija a troca dos cromos institucionais. Disponível em: [www.proteste.org.br/familia/nc/noticia/exija-a-troca-dos-cromos-institucionais]. Acesso em: 14.05.2014.
- STJ. REsp 1.219.197. Disponível em: [<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21060414/recurso-especial-resp-1219197-rs-2010-0201169-3-stj>]. Acesso em: 24.04.2014.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Comentário à decisão judicial sobre o uso indevido de imagem de jogador de futebol por editora – “As figurinhas da Copa União 88” de Gustavo Normanton Delbin e Paula Gambini Vazquez – *RBDD* 22/351 (DTR\2012\451025);
- O controle e a prevenção do dano ao consumidor perante a publicidade abusiva, de Marília Mazon – *RDC* 78/225 (DTR\2011\1574); e
- Publicidade abusiva, de Rosangela Amatrudo – *RDC* 52/163, *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil* 8/709 (DTR\2004\599).

The background features a light gray gradient with several overlapping, semi-transparent circles of varying shades. A dense pattern of fine, light gray lines radiates from the bottom right towards the top left, creating a textured effect.

Doutrina Estrangeira



CRIMINAL ASPECTS OF THE EUROPEAN LEGAL DEVELOPMENT OF THE LIABILITY OF SPORTS PARTICIPANTS FOR SPORTS-RELATED INJURIES IN THE 20TH AND 21ST CENTURY AND ITS REFLECTION IN THE CZECH REPUBLIC

MGR. MICHAL KRÁLÍK, PH. D.

Judge of the Supreme Court of the Czech Republic Czech Republic – Europe.

ÁREA DO DIREITO: Desportivo; Internacional; Penal; Civil

RESUMO: O trabalho tem como objetivo apresentar um breve resumo das tendências mais importantes que se cristalizaram ao longo do século XX na teoria do direito e na prática jurídica europeia sobre a responsabilidade penal de desportistas por lesões causadas durante a prática de um esporte. Com base na descrição desse contexto geral, o artigo explica, ainda, como este desenvolvimento na Europa tem influenciado a prática de tomada de decisões dos tribunais da República Checa.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade penal – Lesões no esporte – República Checa – Europa Central – Direito Penal.

ABSTRACT: The paper aims to provide a brief summarization of the most important trends that have crystallised during the twentieth century in the European legal theory and judicial practice concerning criminal liability of sports participants for injuries occurring during the practice of a sport. Based on the description of this general background, the paper further explains how this development in Europe has influenced the decision-making practice of the courts of the Czech Republic.

KEYWORDS: Criminal liability – Sports injuries – Czech Republic – Central Europe – Criminal law.

TABLE OF CONTENTS: I. Introduction – II. Theoretical basis of the issue – III. Criminal liability of sports participants for sports-related injuries in European countries – A brief overview – IV. Decisions of the Czech courts on the criminal liability of sports participants – V. Conclusion.

I. INTRODUCTION

“In the ample literature dealing with very different aspects of sport, little attention has been paid to the extensive and complex legal implications of the practice of a sporting activity. The absence of any literature addressing the legal aspects of sports is certainly no coincidence. This branch of law is ‘young’, in the fullest sense of the word, and is still in the stage of formation. There are still many questions to be solved and antagonistic tendencies emerging from the heated debates on the issue.

It follows from the experience that there are many well-established legal concepts and constructs which cannot be automatically adapted to the issues arising out of the unusually rapid development of the sport which is now practised by masses of people in an ever-expanding scope of newly created and miscellaneous kinds of sport. At last, new and original legal constructs and solutions have been emerging recently which must nevertheless struggle to overcome the existing routine and conservatism in sport. It is thus no easy task to define and solve such issues. The novel nature of this branch of law is the reason why no consensus has been reached yet and why no unambiguous answers have been given so far in relation to many questions and issues concerning this topic. Everything is still in the stage of discussions, with legal experts trying to find compromise formulations that would respect the complexity of the issues in question.”¹

The above words were used by Dr. Jerzy Sawicki, professor of criminal law at the University of Warsaw, in the introduction of his ground-breaking book aptly called “Ryzyko w sporcie” (Risk in Sport) (sadly, he passed away before its publication). Although published forty five years ago, the book includes many reflections that have lost nothing of their topicality, on the contrary, some of them have gained new dimensions as the sport evolved as such development of the sport could not have been anticipated by the author at that time.

One of the problems discussed in the above mentioned book is also the issue of the determination of legal liability of sports participants for sports-related injuries, i.e. the definition of the prerequisites and conditions setting out the limits within which a sports participant is liable (or not) for an injury inflicted to his fellow participant during a sports event. The fundamental question may be defined simply. If a sports participant is injured during a sports event, under which conditions and to which extent does the existing law apply to such injury? Hundreds of monographs and court rulings and, to a lesser extent, also specific legislative initiatives have been trying to find the right answer. As early as the early eighties of the last century, the relevant legal literature had already mentioned more than 40 theories substantiating the exclusion or existence of the legal liability for sports-related injuries.² The civil law theories operate with many categories and alternatives when trying to answer the question whether or not and how it is possible to justify the decision of the court not to award damages under civil law in such cases. They try to find the solution using the criterion of adherence to (or violation of) the sports rules, limits of the negligent and intentional conduct, risky nature which is, to a certain extent,

-
1. SAWICKI J (1968) *Ryzyko w sporcie*. Wydawnictwo Sport i turystyka, Warsaw: 7; Translation: Hora J – JĘDRUCH S (1980) *Sport a právo*. Acta Universitatis Carolinae Gymnica 2: 83-84.
 2. For example: GALIŠIN P (1986) *Šport a právo III*. ŠVOČ, Bratislava.

immanent in any sporting activity, or the consent of the victim, involvement of the state etc.³

This paper aims to provide a brief summarization of the most important trends that have crystallised during the twentieth century in the European legal theory and judicial practice concerning criminal liability of sports participants for injuries occurring during the practice of a sport. Based on the description of this general background, the paper further explains how this development in Europe has influenced the decision-making practice of the courts of the Czech Republic.⁴

II. THEORETICAL BASIS OF THE ISSUE

The criminal law approaches the issue of legal liability of sports participants for sports-related injuries in very diverse ways. Over the years, two principal positions have emerged:

1) One numerous group of authors believes that injuries sustained in sport are equally unlawful (i.e. criminal) as any other acts affecting life, health or physical integrity of a man and those who committed such acts are subject to unlimited criminal liability under the applicable criminal code. In certain periods of time, sports participants in some countries were “systematically” prosecuted by law enforcement authorities for the negative consequences that occurred during the course of a sporting encounter and there have also been attempts to address

-
3. An overview of the most significant of these theories and their concise description can be found, for example, in: KRÁLÍK M (2007) Úvod k otázkám právní odpovědnosti sportovců za sportovní úrazy. *Právník* 8: 833-873; KRÁLÍK M (2008) Právní odpovědnost sportovců za sportovní úrazy, in: Kolektiv autorů (2008) *Otázky sportovního práva. Ústav státu a práva*, Prague: 25-59 or KRÁLÍK M (2012) Právní odpovědnost sportovců za sportovní úrazy (vybrané otázky a úvod do problematiky), in: *Zborník z konferencie 18. slovenské dni práva. Slovenská advokátska komora, Bratislava: 27-46.*
 4. See also other relevant publications of the author, for example: KRÁLÍK, M.: *Právo ve sportu*. 1st edition. Prague: C. H. Beck, 2001, 278 p., and, further, his more recent publications, for example: KRÁLÍK, M.: Právní význam sportovních pravidel pro právní odpovědnost sportovců za sportovní úrazy ve světle doktrinnálního vývoje, *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2006, II., p. 122-131; KRÁLÍK, M.: Civilněprávní odpovědnost sportovců za sportovní úrazy v německé a rakouské judikatuře, *Bulletin slovenskej advokácie*, 2007, Issue 7-8, p. 37-54; KRÁLÍK, M.: Právní odpovědnost za sportovní úrazy, *Právní rádce*, 2007, Issue 2, p. 4-18; KRÁLÍK, M.: Právní odpovědnost sportovců za sportovní úrazy, in: Kolektiv autorů. *Otázky sportovního práva. Praha: Ústav státu a práva*, 2008, p. 25-59; KRÁLÍK, M.: Právní odpovědnost ve sportu, in: KUKLÍK, J.; HAMERNÍK, P.; SUP, M.; KRÁLÍK, M.; HAINDOVÁ, M.; KOHOUT, D.; KUČERA, V.; CARPENTER, K.; RADOSTOVÁ, K.; CHIZZOLA, P. *Sportovní právo. Auditorium, Prague*, 2012, p. 61-86; KRÁLÍK, M. Právní odpovědnost sportovců za sportovní úrazy (vybrané otázky a úvod do problematiky), in: *Zborník z konferencie 18. slovenské dni práva. Slovenská advokátska komora, Bratislava*, 2012, p. 27-46.

the issue of liability for sports-related injuries by legislation, whether by way of legislative initiatives or drafts or parliament's proposals and parliament debates. It is argued that sports participants should be fully criminally liable for sports injuries since there is no defence excluding their liability. The proponents of unlimited criminal prosecution of sports participants often emphasise that criminal codes do not contain any provisions excluding criminal liability of sports participants.⁵ As regards the existing legal defences, it is often pointed out that they may not be automatically applied to the sphere of sports as they do not solve the issue of impunity of sports participants in its entirety.⁶ However, it must be noted that this view is quite isolated and has not gained any significant acceptance. The legal theory, for the most part, disagrees with this view and it is also not a prevailing position of the law enforcement authorities. In the Polish literature on criminal law, this position was criticised, for example, by A. Gubiński who argued that, in certain cases, it would lead to consequences that would not be acceptable in practice.⁷

2) The second group of authors, by contrast, base their view on the assumption that, under certain strictly defined conditions, criminal liability of a sports participant for death, harm to health or interference with physical integrity of his opponent is excluded provided that such negative consequences occurred during the practice of a sport. It is inferred that injuries sustained during the practice of a sport are, under certain circumstances, non-punishable. This principal idea is shared by all the proponents of this view, however, the opinions significantly differ on the extent of such impunity and on the conditions under which criminal liability of sports participants is excluded and on the legal classification of the grounds which exempt the conduct of sports participants from being subject to prosecution. The differences are owing to the fact that criminal codes do not contain any special provisions⁸ specifying under which conditions criminal liability of sports participants exists or is excluded.

5. See also, for example: VASSALI, G. *Agonismo sportivo e norme penali*. *Rivista di diritto sportive*. 1958, Issue 3-4, p. 181.

6. See also, for example: GERACI, L. *Responsabilità penale nelle gare automobilistiche*. Perugia, 1962, p. 6, KONSTANT, J. *Manuel de Droit Pénal*. Liège, 1956, p. 608-613, Brunner, A. *Die Sportverletzung im schweizerischen Strafrecht*. Zurich, 1949, p. 76-77, 89-99.

7. See also, for example: GUBIŃSKI, A. *Wyłączenie bezprawności czynu*. Warsaw, 1961, p. 99.

8. Provided that this conclusion can be made based on the available literature. However, this conclusion cannot be made with absolute certainty. Some publications on sports law state that such special provisions were included in the Criminal Code of Ecuador and in the Cuban Code of Social Defence and possibly also in the Criminal Code of Paraguay in the first half of the twentieth century; at the same time, the authors of these publications, however, observe that such legal regulations had not become very common.

The need for some rules defined by the criminal law theory that would govern the legal classification of sports-related injuries gets more urgent, in particular, with the increasing number of injuries sustained during the practice of a sport⁹ and with the changes in the nature of sport. The theory of sports law is aware of this need. As early as forty-five years ago, J. Constant, a Belgian author, wrote: "It is most certain that, nowadays as well as throughout the entire history of mankind, sports encounters have been an important element of social life. However, in the past, such encounters used to be primarily characterised by individual and selfless activity which did not embrace the idea of a direct fight against the opponent and did not yet suffer from the tyrannical stimulation exerted by the press and commercialisation which, in these days, forces the contestants to display excessive passion for the sport and to make all possible efforts to satisfy their extreme hunger for victory".¹⁰ In the eighties of the last century, it was, for example, U. Scherrer¹¹ who pointed out to the criminal aspects of the practice of sports in connection with the increasing number of sports-related injuries, especially in contact sports. In the nineties, J. P. Rochat aptly described the existing situation in the following words: "The world of sports, in general, and the competitive sport, in particular, has undergone a deep change and experienced a significant transition in the recent years. The practice of sports which used to be marginal until recently has become, within a couple of years, a real social phenomenon which is susceptible to political and socioeconomic interests that multiply the number of possible conflicts. Sport has become a social phenomenon, it is far from playing a marginal role in our society and for this reason, it is unthinkable not to apply the rules and general principles of the positive law to sport as to any other sphere of human activity. For a long time, sport could be the synonym for fair play and chivalry. Naturally, there are still some athletes and officials who try to promote these virtues, but the world of sports is no better or worse than the society within which it functions and within

9. Little is known today that in the 1960's, box was temporarily prohibited in former Czechoslovakia (with the exception of the international boxing matches that had been already agreed upon) as a consequence of two fatal injuries occurring in a boxing ring shortly after one another. The ban was only temporary since it was decided that the box would be prohibited until the adoption of such rules which would guarantee better safety of the boxers during the match. See also, for example: SAWICKI, J. Czasowy zakaz boksu w Czechosłowacji. *Kulisy*, Issue 40 (502) from 2 October 1966, p. 4, SAWICKI, J. Ryzyko w sporcie. Warsaw, 1968, p. 80-81, JEĐRUCH, S. Śmierć na ringu. *Prawo i Życie*, Issue 4 /282, 1969, p. 4.

10. See also CONSTANT, J. Droit pénal et sport, *Revue De Droit Pénal et de Criminologie*. 1967, p. 277 or CHARLES, M. R. Le sport et le droit penal. *Revue de Droit Pénal et le Criminologie*. 1952-1953, Issue 9, p. 854.

11. See also: SCHERRER, U. Sportrecht – Eine notwendige Sonderdisziplin? *Revue Suisse de Jurisprudence*. 1988, Issue 1, p. 1.

this reflection of the society conflicts regularly arise. The expansion of the practice of sport and its ever-increasing commercialisation constitute, at the same time, a source of conflicts, thus providing reasons for the involvement of the courts which is more and more frequent".¹²

The absence of any relevant legal theory in the past led to differences in approach to this issue among law enforcement authorities and to discrepancies in the decision-making of the courts in relation to such cases. The impact of this situation on sports participants is completely negative since they cannot, in fact, rely on any strictly defined rules governing the practice of their sport.

The issue of legal liability of sports participants for sports-related injuries may be examined, in particular, from three different perspectives: (1) from the perspective of the relevant legal theory and theory of sports law, (2) from the perspective of the relevant legislation, (3) from the perspective of the relevant judicial decisions. Given the limited length of the paper which makes it impossible to analyse the issue from all three perspectives, only the approach of the legal theory and judicial practice to this issue will be discussed.

III. CRIMINAL LIABILITY OF SPORTS PARTICIPANTS FOR SPORTS-RELATED INJURIES IN EUROPEAN COUNTRIES – A BRIEF OVERVIEW

England

- At first, let us stay in the field of the common law and let us look at some of the cases that appeared before the criminal courts. The first cases concerning criminal liability of sports participants for sports-related injuries in the English judicial practice date back to 19th century, namely Bradshaw¹³ and Moore.¹⁴ In *R v Bradshaw*, the accused charged the victim who was dribbling the ball by jumping at him. The force of the charge caused rupture of the intestines of the victim who died the next day. In *R v Moore*, the victim kicked off the ball and both the victim and the accused started to chase it. A goalkeeper was the first to get hold of the ball and kicked it out from the reach of both players. At that moment, the defendant jumped with his knees against the back of the victim, causing him to be thrown violently against a knee of the goalkeeper, resulting in an internal rupture and his untimely death, a few days afterward. Both Bradshaw and Moore were accused of manslaughter. However, despite the similarity of these two cases, the respective

12. See also: ROCHAT, J. P. Le règlement des litiges en matière sportive. *Droit et sport*, Edité par Piermarco Zen-Ruffinen, Berne: Staempfli Editions SA, 1997. p. 91 e ss.

13. (1878) 14 Cox CC 83.

14. (1898) 15 TLR 229.

juries came to different conclusions. Bradshaw was acquitted since his action was an integral part of playing a physical sport such as football. The challenge was of such nature that it could be expected to be made by the participants in a game such as football as played at that time. Although the judge did not use these exact words, he, in fact, held that if the act is an integral part of the game, then the consent of the victim will be presumed and no criminal liability will be attached to this act. On the other hand, Moore was convicted. His assault was held to be beyond what is necessary to play football successfully. Therefore, the victim could not consent to the act as it was not an integral part of playing football. Lord Justice Bramwell and Lord Justice Hawkins, respectively, decided that it is irrelevant whether the accused violated the rules or not; according to Lord Justice Bramwell, the accused is guilty if he intends to cause serious injury by his action or if he is aware that his action is likely to cause such injury, according to Lord Justice Hawkins, the accused is guilty if the force applied by him is likely to cause injury. However, Lord Justice Bramwell told the jury that: “if a man is playing according to the rules (...) it may be reasonable to infer (...) that he is not acting in a manner which he knows will be likely to be productive of injury”. The judges noted that football, although lawful, was a “savage” game at that time. The accordancy of the conduct of the accused with the rules known by the plaintiff seems to be clear evidence that the plaintiff consented to such conduct and, in the light of the more meticulously articulated rules of the sports that are recognised today, it provides at least some evidence that it is reasonable conduct to which a valid consent could be given. In this connection, the British legal literature points out that the absence of any definition of what is “an integral part of the game” and what is not is one of the reasons of the existing problems in criminal prosecution of sports participants for sport-related injuries.¹⁵

Let us now look at some other decisions of the English courts as classified by the English legal theory.¹⁶

According to Section 47 of Offences against the Person Act 1861, whoever commits any “assault occasioning actual bodily harm” is criminally liable. For example, *R v Davies*¹⁷ is one of the cases that may be included in this classification group. In *R v Davies*, the accused punched the victim in the face during a football match because the victim had committed a foul against him before. The victim suffered a fracture of a cheekbone. The accused was charged with assault occasioning actual bodily harm and sentenced to six months in prison. It was emphasised that if

15. See also, for example: JAMES, M. Sports Participation and the Criminal Law. In: LEWIS, A.; TAYLOR, J. *Sport: Law and Practice*, Butterworths, LexisNexis, 2003, p. 1079.

16. This classification is included in: JAMES, M. Sports Participation and the Criminal Law. In: LEWIS, A.; TAYLOR, J. *Sport: Law and Practice*, Butterworths, LexisNexis, 2003, p. 1075.

17. (1991) Crim Lr 70.

an assault occasioning injury occurs during a game, the consent of the victim may be a defence provided that the injury-causing act was a legitimate means of playing such sport. Punching an opponent, such as in *R v Davies*, does not constitute any legitimate means of playing football. All acts resulting in injury are thus, in fact, potentially criminal. Only such acts that fall under the scope of the defence of consent which, in general, covers such acts that are in accordance with the rules of the game or playing culture of the sport are excluded from liability.¹⁸

However, it is also necessary to take into account the consequences which occur in the specific case. For example, in *R v Billingham*,¹⁹ during a rugby match, the accused punched the victim in the face in an off-the-ball incident, after a throw-in, fracturing the jaw of the victim in two places. The punch was an intentional contact and although the accused did not have to foresee the actual degree of injury, he must have known that his action would result in some kind of injury since some kind of injury is inevitable if someone punches another person. The injury was serious enough to qualify as grievous bodily harm.²⁰ In this connection, the legal theory pointed out that, although almost all of the described cases concerning grievous bodily harm which occurred during the practice of a sport on a sports ground involve off-the-balls incidents, nothing can prevent the law from being applied to actions relating to the fight for the ball, not even to such that are in accordance with the rules of the game. The rules of the game do not determine the criminality of the conduct of the accused as “nothing can make that lawful which is unlawful by the law of the land”.²¹

However, the defence of consent may not be applied to actions that have little in common with playing the game. We can give an example of criminal prosecution of an on-the-ball incident which resulted in acquittal of the accused. However, its value as a precedent is disputable. In *R v Blissett*,²² the elbow of the accused came into contact with the face of the victim when both of them were jumping for the ball during a professional football match. The victim suffered a fracture of his cheekbone and eye socket and was unable to play professional football again.

18. Op. cit. comment 16, p. 1077.

19. (1978) Crim LR 553.

20. In connection with this case, it was, once again, pointed out, that the law, in general, does not acknowledge the consent of the victim to be a legal defence for inflicting grievous bodily harm. However, if the assault occurs during the practice of a sport, consent may be a defence to charge under Section 20 OAPA 1861 provided that the act resulting in injury was a legitimate means of the practice of such sport. Since punching does not constitute any legitimate means of playing rugby, consent of the victim may not be used as a defence in *R v Billingham*.

21. Op. cit. 16, p. 1078.

22. *R v Blissett* (1992) Independent, 4 December.

At the trial, the accused was acquitted based on the argument that such type of challenge happens on this level of football so often that it is an integral part of the game and, therefore, it should be deemed to have been consented to by the victim. Since it was held that the act was not criminal because it had been consented to, the accused could not be found guilty of any unlawful conduct. The application of the concept of “integral part of the game” in *Blisset*, however, raises significant doubt considering the risks associated with the use of an elbow during the game.

Germany

The development of the German case law is very interesting. There is a significant number of judicial decisions concerning compensation of the damage caused by one sports participant to another under the civil law. However, the criminal law holds back in this sphere of human activity and prefers to deal with other problems than with the criminal liability of sports participants for sports-related injuries.²³ The approach of the German courts and law enforcement authorities is aptly described by M. Reinhart who wrote: “The fact that the competent authorities do not really deem necessary to intervene in incidents concerning injuries or harm caused in connection with the practice of a sport, has probably something to do – apart from the fact that they do not want to deal with additional workload – with the specific understanding of public interest. I’m tempted to conclude that the law enforcement authorities consider their own reluctance to prosecute such incidents as an uncomplicated way of how to preserve the presumed or actual nature of the sport as something which is beyond the reach of the criminal law and which is governed by its own rules, without having to venture on the thin ice of the legal concepts of Sozialadäquanz (social adequacy), consent, voluntary assumption of risks and unconscionability (i.e. determining whether the conduct is against good morals). It has been hardly examined from the scientific point of view whether the mere sporting context may actually justify their failure to pursue the special public interest in prosecuting such offences. In view of the foregoing and considering the intrinsic vagueness of the notion of ‘public interest’, it seems useful to develop rationally reviewable criteria based on which the public prosecutors would decide which sports-related incidents or injuries should be investigated and which not.

23. From the most recent court decisions, see, for example, the decision concerning liability of the operators of a ski slope (piste) which was published with the following summary of its legal conclusions: “Those who are obliged to secure the piste, cannot presume that a skier, under normal visibility and snow conditions, after a fall on a hard, recently groomed surface of the ski slope, will slide down for another 150 m, then get out of the piste, failing to stop for another 111 m on the adjacent firm slope, subsequently falling over a perpendicular cliff and eventually dying”. – AG Kempten, decision from 19 July 2004 – 222 Js 7926/04 published in: SpuRt, 2005, p. 28.

However, in order to do this, it is, at first, necessary to define which of the existing offences come into consideration and the specific circumstances of the case must be taken into account. Within the entire sports-related sphere of life, the reluctance of the law enforcement authorities to pursue the public interest by prosecuting incidents occurring in sport may be accepted only if the injury, whether intentional or negligent, was caused by one sports participant to another.

No simple and all-embracing answer can be given to the question whether accidents and injuries occurring in sport should not be punished simply because – in the absence of any criminal complaint lodged by the victim – there is no public interest in criminal prosecution of the incident. It is possible to think of a special regime which would apply to sports incidents on the ground that sport is ruled by its autonomous laws but only where the incident involves an injury caused by one sports participant to another during the practice of a sport. In all other cases, the sporting context is not strong enough to have any impact on the criminal investigation by the law enforcement authorities. However, it is necessary to differentiate between these sports injuries ‘in the proper meaning of the word’ as follows. Firstly, the line between the punishability and non-punishability of the sports-related incidents should be, in principle, drawn between the recreational sport (mass sport) and top level/competitive sport. The former (i.e. the recreational sport) still occupies a space which is hardly ever intruded by the (criminal) law, whereas the latter (i.e. the top level sport) – because of its important role in the society and due to the fact that it is being progressively approached and examined by the civil law – has also become the subject of interest of the criminal law. And, secondly, it is necessary to distinguish between usual and gross violations of the rules of the game: Usual violations of the rules are inherent in the nature of the sport and should not ‘provoke’ any criminal investigation. There is usually – primarily due to the general duty to prevent damage – a special public interest in prosecuting gross violations of the rules of the game. However, this, by no means, means that, in such cases, the accused must be eventually convicted. In this phase, the investigation is only initiated and the outcome of the proceedings is still open. Equally open is the question whether and how these specifics of the sports affect the material aspects of a crime (i.e. its degree of danger to society)”.²⁴

Switzerland

In 1983, the Federal Supreme Court held²⁵ that participation in a sports event or a game does not justify physical injuries connected with such participation. Gross

24. See also: REINHART, M. Öffentliches Strafverfolgungsinteresse bei Sportverletzungen und–unfällen. *SpuRt*, 1997, Issue 1, p. 1 et seq.

25. See also BGE 109 IV 102.

negligence or intentional misconduct is not covered by the implied consent of the participants with the risk. The Federal Supreme Court thus specified the defence of “consent of the injured (i.e. victim)” – which is so often invoked by all sports participants – and limited it to cases of ordinary negligence (*culpa levis*). On this occasion, the court also inferred that it is irrelevant for the criminal prosecution if the referee punished the challenge resulting in injury as a violation of the rules of the game. Referees are responsible for the conduct of the game and criminal judges should protect the public order independently of the role of the referees. However, the Swiss judicial practice, in general, acknowledges that criminal prosecution may be initiated even where the conduct was not judged by the referee to be in conflict with the rules of the sport.

The Swiss judicial practice is closely linked to the Swiss legal theory. Urs Scherrer observes that offences occurring on sports fields may be subject to criminal prosecution while emphasising that this trend has not been prevailing in the Swiss legal circles until recently.²⁶ As regards the above mentioned decision, Scherrer notes that the decision takes reasonably into account the occurrences that may happen during the practice of a sport since it would be unacceptable and it would preclude any further development of sport if a sports participant had to fear criminal sanctions at every slight error committed by him during the game.²⁷

In relation to criminal liability of sports participants for sports-related injuries, Jacques Bondallaz, a prominent Swiss expert on sports law, observed: “Until a certain point in time, sport could have been perceived by some as a sphere which eludes the operation of the law. However, we have slowly come to realize that it is, in fact, a social activity just like any other and there is, indeed, no reason why it should be exempt from the regulation by the State which, in the form of the criminal law, aims to protect the public order. In Switzerland, this realization has been developing since the conviction of the culprits of the infamous assaults against Lucien Favre in football and Piotr Malkov in ice-hockey. Even if it is appropriate now not to mention the names of these culprits in order to respect their right of oblivion (i.e. the right to be forgotten), the public is surely far from forgetting them. After all, since the famous Bosman ruling by the European Court of Justice in 1995, it seems that the sport officials have finally realised that all the branches of the law may intervene in the practice of sports”.

J. Bondallaz provides an interesting characteristic of the Swiss judicial practice as regards this type of incidents. He notes that the judges tend to approach criminal cases concerning sports injuries with a certain restraint and impose

26. See also: SCHERRER, U. Sportrecht – Fälle aus der Praxis (2. A. Wetzikon), 1985, 36.

27. See also: SCHERRER, U. Sportrecht – Eine notwendige Sonderdisziplin ? Schweizerische Juristen-Zeitung, *Revue Suisse de Jurisprudence*, 1988, Issue 1, p. 5-6.

sanctions only in the event of gross violation of the rules of the game. For if the State started to punish offences of lesser importance, there is a risk of unacceptable increase in number of such cases and subsequent overload of the Swiss courts. The principles for determining criminal liability of sports participants for sports-related injuries are characterised by Bondallaz as follows: (1) from the point of view of the criminal law, the conduct of the perpetrator may be either classified as intentional bodily harm (either grievous or actual bodily harm) or as bodily harm caused by negligence or as assault and battery. According to the type of offence, the punishment ranges from fines to imprisonment of up to ten years. (2) It is, in particular, medical opinions that help judges to determine whether the conduct constitutes grievous bodily harm (which is prosecuted *ex offio*) or actual bodily harm (which is, under the Swiss law, prosecuted only based on the action of the victim). (3) The rules of the game adopted by sports organisations do not bind criminal judges but they, in fact, play a very important role in practice. There is actually no court decision establishing liability of a sports participant who adhered to the rules of the game and the violation of such rules would seem to be, in fact, a necessary condition for the involvement of the courts. (4) The involvement of the criminal courts is thus limited only to such cases where it is possible to prove the violation of the rules of the game by the perpetrator and such violation of the rules is especially reprehensible considering the usual practice of the sport. (5) On the other hand, all conduct that may not be classified as unreasonably brutal considering the special circumstances under which sports participants act during the practice of the sport (heat of the game, state of thrill, fatigue etc.) should not be subject to criminal law.²⁸

France

The relevant decisions of the French courts are relatively numerous and even though they try to define meticulously what the conditions of legal liability of sports participants for sports-related injuries are, it is also possible to find cases in which severe legal sanctions were imposed. For example, a rugby player was sentenced to pay 583,000 francs to his victim since he punched him in the eye. The victim eventually lost his eye.²⁹ In another case, a football player was accused of breaking his opponent's tibia and fibula in a challenge and was ordered to pay damages in the amount of 112,726 francs.³⁰ At the same time, it is, however, emphasised that a player accepts the risk of being punched and it cannot be, therefore, deemed that

28. See also, for example: BONDALLAZ, J.. Le juge, cet arbitre suprême. *Magazine Responsabilité pénale du sportif*, La Gruyère, 3 April 2004.

29. T.G.I. Arbes, 13 May 1993.

30. T.G.I. Bourg en Bresse, 19 September 1989.

all punches that may potentially cause injury during the course of the match lead to legal liability.

The courts thus had to adapt the criteria which are usually applied in order to establish a criminal offence to the specifics of the practice of sports. All practice of sport entails, in fact, a certain degree of risk. This degree depends on the specific sport. The French legal theory acknowledges that, outside the sporting context, the usual rules of legal liability apply regardless of the acceptance of the risks of the game by the victim – “If someone kicks his opponent in the dressing room during the break between the first and the second half of a football match, this constitutes an act of deliberate violence, on the other hand, the players accept the risk of being kicked during the match since football is played by feet”. This conduct is permitted by the custom and is not punishable provided that the game is played by the rules since not every charge (or punch) is allowed. However, this custom-based permission cannot extend to savage attacks. Therefore, it is necessary to draw a more precise distinction between the punishable challenges that lead to legal liability of the perpetrators and the challenges that are not punishable by law and are not subject to any civil or criminal sanctions.

As far as the practice of sports is concerned, the French case law distinguishes several types of conduct. According to the basic classification, it is possible to distinguish between unlawful and lawful conduct. For the purposes of this paper, let us deal only with the former which can be further divided into: (a) intentional violation of the law and (b) unintentional violation of the law.

ad a) – In this connection, it is often pointed, that a simple misconduct in a game is a necessary, albeit insufficient requirement for the existence of legal liability of a sports participant. According to the French courts, the act of the perpetrator must be intentional and in conflict with the rules of the game. A criminal offence occurring in sport necessarily entails a violation of the rules of the game. This was observed by the Court of Cassation when reviewing a decision which had established the civil liability of a participant of a volleyball match.³¹ There are many decisions that place explicit emphasis on the violation of the rules of the game in their statements of reasons. In cases concerning rugby, it was held that such violation was, for example, a headbutt,³² a tackle,³³ a kick in the head of an opponent who was lying on the ground³⁴ and a fist punch in the face resulting in the loss of the eye of the victim.³⁵ As regards football, it is possible to mention a

31. Cass. civ., 15 May 1972.

32. Rennes, 30 May 1989.

33. Toulouse, 20 February 1977.

34. Riom, 10 January 1979.

35. Tarbes, 13 May 1993.

challenge violating the rules of the game,³⁶ a fist punch in the face³⁷ or an assault from behind.³⁸

A judge is not legally bound by a decision of a referee which has the same probative value as evidence produced by other witnesses, such as sports officials, spectators or players. However, he may hardly dismiss the violation of the rules of the game which was determined and punished by the referee since the referee is a “privileged witness”. On the contrary, the judge will rather use it as evidence of the act giving rise to liability. For example, one of the court decisions thus emphasises, in its statement of reasons, that a penalty kick was ordered after a headbutt and another one refers to a penalty kick penalising a tackle in rugby.³⁹ Another ruling points out to a referee’s decision to send off a player who attacked his opponent in an off-the-ball incident.⁴⁰ Instead, the judge reserves the right to discover a violation of the rules which the referee failed to notice but which was observed by other witnesses. This is, for example, the case where the referee was not standing near the place of the incident, hence in the position which makes him a “first class witness”⁴¹ or where he was not paying sufficient attention. For example, he failed to see a “kick” noticed by the linesman (assistant referee) and other players.⁴² However, the violation of the rules of the game does not necessarily constitute a tort or a criminal offence. A goalkeeper who, in an attempt to get hold of the ball, raises his knee in order to protect himself, eventually injuring a forward from the opponent’s team, commits a foul. However, such conduct is not considered to give rise to liability since it does not constitute any intentional brutal act.⁴³ Evidence of any intentional violation of the rules of the game thus seems to be a precondition of any conviction.

A deliberate act of foul play is committed where the perpetrator intends to commit the offence, i.e. where there is “deliberate foresight of damage infliction to another person”. Nevertheless, involuntary action may be penalised as well as a violation of the rules of the game. Therefore, the judge requires another condition to be met to establish the intention of the perpetrator to commit the offence. He also examines whether the action of the perpetrator constitutes an “intentional brutal act”, “unfair punch” or even “punch inflicted under circumstances which

36. Lyon, 21 April 1989 and Toulouse, 22 October 1983.

37. Douai, 18 March 1992 and Rennes 30 January 1979.

38. T.G.I. Grasse, 21 July 1993.

39. Rennes, 30 May 1979.

40. T.G.I. Annecy, 9 October 1991.

41. Rennes, 26 June 1990.

42. Riom, 10 January 1979.

43. Kas. Civ. 21 June 1979.

constitute abnormal risk". However, it is often emphasised that it is not always possible to tell intentional conduct from unintended actions in the heat of the game and in the state of thrill arising out of the practice of the sport. The courts also tend to classify as savage or unfair all conduct which has nothing to do with the game. Punching a player who is not in possession of the ball⁴⁴ or who has just passed the ball to another player is an example of such conduct. Let us mention a case of a player who was injured by a challenge from behind when he was running alone towards the goal of the opponent and the ball was not at the distance to be played anymore⁴⁵ or a case of a footballer who kicked his opponent in the leg after making him immobile by holding him with his both hands, so it was impossible to play the ball.⁴⁶

The courts acknowledge that aggressive play may be necessary, for example in football and rugby. However, it becomes inexcusable when the player does not intend to play the ball anymore but instead intends to "knock down" his opponent at all costs. For example, in such situations where a player is attacked from behind even if he did not obstruct the game.⁴⁷ The courts also deem that any other action than the one which is usual during the practice of the sport, such as punching an opponent with a fist, constitutes conduct which is in conflict with the rules. A decision to send the player off which is normally made by the referee under such circumstances will help bring the opinion of the judge on the action of the perpetrator into harmony with the view of the referee and will constitute additional evidence of intentional conduct by the player.

ad b) – Any unintentional violation of the law by the player has at least two common features with intentional violations of the law. Firstly, there must be a breach of sporting rules and, secondly, the violence must go beyond the risks of the game assumed (accepted) by the participants. However, as opposed to intentional violations of the law, there is no "malice aforethought". However, it is not always easy to prove intent given the chaos of the game. A player may make an unfortunate move in the heat of the game without being necessarily aware that he may cause serious injury to his opponent. It is thus impossible to establish any intentional violation of the law on his part since his conduct is related to the game and excludes any malicious intent. On the other hand, his conduct may be, nevertheless, considered unlawful if it goes beyond the risks accepted by the participants. The courts observe that "if a rugby or football player voluntarily accepts the risk of being injured by his opponents, this is under the condition

44. Tarbes, 7 April 1994.

45. T.G.I. Annecy, 9 October 1991.

46. Rennes, 26 June 1990.

47. T.G.I. Grasse, 21 July 1993.

that such injuries occur as a result of the practice of this virile and violent sport in accordance with the rules of the game”.

Unintentional violation of the law thus exists if the conduct of the player is in conflict with the rules of the game and/or where the injury caused by the player goes well beyond the usual risks accepted by the victim. It is, therefore, pointed out that “no player entering a sports field consents to the risks of being seriously injured, or, *a fortiori*, of losing his life on the field!” Hence, a rugby player was convicted for involuntary manslaughter since he killed his opponent during a tackle by jabbing his head into the belly of the victim instead of diverting it as required by the relevant rules of the sport.⁴⁸ A player who had made a brutal tackle resulting in fracture of four ribs of his opponent was also found guilty of occasioning actual bodily harm unintentionally.⁴⁹

The seriousness of the damage will be most often the decisive factor for establishing unintentional violation of the law where there is evidence of violation of the rules. It was thus held that a foul (which was made by a foot kicked up from the ground) resulting in fracture of both hips of the victim constituted actual bodily harm inflicted unintentionally.⁵⁰ A player who had been prosecuted for causing injury to his opponent resulting in rupture of his left testicle and later acquitted by the Magistrates’ Court of the charge of intentional actual bodily harm was, on appeal, convicted of bodily harm inflicted unintentionally. In this case, the Court of Appeal which, equally as the judges of the Court of First Instance, did not establish any malicious intent, nevertheless stated that the accused “did nothing to prevent the collision and such conduct – surprising for an athlete who controls his body – constitutes violation of the law”.⁵¹

Poland

We must not forget to mention the development in Poland as the decisions of the Polish courts on liability of sports participants are quite significant and the literature on sports law in Poland is one of the most important in the area of Central and Eastern Europe. To a certain degree, it presents principles that may be also applicable under the Czech law.⁵²

48. Trib. correct Bourg en Bresse, 6 April 1938.

49. Toulouse, 20 January 1977.

50. Toulouse 22 November 1983.

51. Dijon, 21 March 1991.

52. In this connection, let me mention some of the most prominent Polish authors, without listing their publications, for example, A. J. Szwarc, S. Jędruch, M. Sósniak, J. Sawicki and others who have been consistently dealing with the sports law and the issue of legal

The Polish Supreme Court gave its opinion on the issue of liability of sports participants for sports-related injuries in its decision from 27 April 1938 (file no. 2K 2010/37) stating that: “Having regard to the fact that the sports games are a phenomenon of everyday life, that they enjoy great popularity in the society and are supported by the legislation and government officials and considering that the conduct of such games is regulated by the rules that are thought-out and elaborated into great detail and provide both for the sport objective of such games and for the safety of the participants, it must be deemed that a participant acts lawfully if he abides by the applicable rules of the game, does not violate the principles inherent in the game and follows exclusively the sports objective in his efforts”.⁵³ As regards the Czech legal literature, this decision is referred to probably only by J. Hora who pointed out (without giving his opinion on the decision) that the Polish Supreme Court, by this decision, established, as a condition for impunity in cases concerning sports-related injuries, that the sports participant must play by the rules of the game while pursuing the objective of the sport; violation of such principles results in criminal sanctions under the law depending on the degree of culpability and on the extent of the damage.⁵⁴

However, it must be noted that, even in Poland, this decision has not been received entirely positively. For example, St. Śliwiński,⁵⁵ when critically analysing this decision, pointed out that the sports rules, in fact, “acquire” the nature of legal rules where the criminal liability of sports participants is determined based on the adherence to or violation of such rules. Furthermore, it is necessary to keep in mind that – apart from the authors who try to define the criteria and limits within which the conduct of sports participants is considered lawful even if it results in negative consequences – there is also a significant number of proponents of the view that there is no reason to apply any “privileged” criteria to determine legal liability of sports participants for sports-related injuries. This group of authors is convinced that no legal provision explicitly excludes legal liability of sports participants. The proponents of unlimited punishment of sports participants often refer to the fact that criminal codes do not contain any special provisions excluding legal liability of sports participants.⁵⁶ This is also in line with the view that defences set out in

liability of sports participants for sports-related injuries. Their work represents a significant contribution to the legal theory on sports law in the Eastern and Central Europe.

53. See also: SAWICKI, J. *Tajemství paragrafů*, Orbis, Prague, 1970, p. 258.

54. See also: HORA, J. *K otázce trestní odpovědnosti hráčů při sportovních úrazech*, *Acta Universitatis Carolinae Gymnica*. vol. 15, 1979, Issue 1, p. 18.

55. See also: KRÁLÍK, M. *Legislativní a judikurní východiska trestněprávní odpovědnosti sportovců za sportovní úrazy (úvod do problematiky)*. *Trestněprávní revue*. 2006, Issue 8, p. 228-236.

56. See also, for example: VASSALI, G. *Agonismo sportivo e norme penali*. *Rivista di diritto sportivo*. 1958, Issue 3-4, p. 181.

criminal codes cannot be automatically applied to the sphere of sport. It is argued that such defences do not always solve the issue of impunity of sports participants in its entirety (as they do not take into account the specifics of the practice of sports).⁵⁷ However, this position is not prevailing and has not gained general acceptance. For example, A. Gubiński criticised this position by pointing out that, in many cases, it would lead to consequences that would be unacceptable in practice.⁵⁸

IV. DECISIONS OF THE CZECH COURTS ON THE CRIMINAL LIABILITY OF SPORTS PARTICIPANTS

The absence of any judicial decisions on the criminal liability of sports participants for sports-related injuries was aptly described by Jiří Hora already at the late seventies of the twentieth century. Hora said that the higher judicial bodies had not as yet had the opportunity to take a stand to this issue.⁵⁹

However, the current practice of the criminal courts seems to depart, at least partially, from this trend. This is apparent from the recent decisions on the criminal liability of sports participants for sports-related injuries. One of those decisions is a resolution of the Supreme Court of the Czech Republic from 11 December 2002, file no. 5 Tdo 997/2002 – the decision was published with the following part of the statement of the reasons summarising its conclusions: “Criminal liability in sport arises if the perpetrator violates the limits of the risk inherent to the game which is assumed by every sports participant, the specific circumstances of the incident being crucial for the conclusion of the court on the guilt”.⁶⁰ Although the above mentioned decision contributes to the case-law on the liability in sports, it is impossible to ignore that the reasoning does not really go into much detail. The reference to the risk inherent to the game would indicate that the Supreme Court determines the issue of the limits of the criminal liability of sports participants for sports-related injuries while considering the risk inherent to the game as a defence, but the decision does not in any way specify, define or delimit the limits of such risk in sport. The decision also contains no guidelines on how to define the risk which is voluntarily assumed by the player by his participation in the game and it also does not specify the action violating the limits of the risk inherent to the game in this particular case. The decision tends to define a dividing line which is

57. See also, for example: BRUNNER, A. *Die Sportverletzung im schweizerischen Strafrecht*. Zurich, 1949, p. 76-77, 89-99.

58. See also: GUBIŃSKI, A. *Wyłączenie bezprawności czynu*. Warsaw 1961, p. 99.

59. See also: HORA, J. K otázce trestní odpovědnosti hráčů při sportovních úrazech. *Acta Universitatis Carolinae Gymnica*. vol. 15, 1979, Issue 1, p. 15 e ss.

60. [www.nsoud.cz].

probably the risk inherent to the game, this notion (risk inherent to the game) is not, however, in any way outlined or explained in the decision.

The first really significant decision is a resolution of the Supreme Court of the Czech Republic from 21 March 2007, file no. 3 Tdo 1355/2006⁶¹ which was published with the following summary of its conclusions: “The rules of a sport (e.g. football) aim not only to lay down equal conditions for the competing parties but also to protect the health of the players against acts that may lead to their injury, with regard, among other aspects, to the nature of the sport. However, the rules of a sport as such cannot penalize a situation where a breach of such rules by a participant of the game results in actual bodily harm of another player.

Therefore, if any player culpably violates (Section 4 and Section 5 of the Criminal Code) the defined rules of the game and such violation results in actual bodily harm of another person (another player), then the criminal liability of such player cannot be excluded, for example for a crime of bodily harm as specified in Section 224 (1) of the Criminal Code, while taking into account, in particular, the nature of the game and the seriousness of the breach of the said rules”.

The above mentioned decision was challenged by a constitutional complaint which was dismissed as manifestly unfounded by the resolution of the Constitutional Court of the Czech Republic from 28 February 2008, file no. I. ÚS 1939/07. However, in this respect, the Constitutional Court unambiguously stated that the fundamental constitutional rights of the claimant had not been violated by the decision of the Supreme Court. Moreover, the Constitutional Court expressly pointed out that it did not feel to be competent to comment on whether, and how, it is relevant for the existence of the criminal liability of the player whether or not there was a breach of the rules of the game during which the injury occurred, as this is a typical task of the Supreme Court. Furthermore, it stated that it was also not for the Constitutional Court to determine whether the risk inherent in sport constitutes a valid defence or to choose from other legal concepts relating to legal liability of sports participants for sports-related injuries that have been developed in other countries of the world. However, from the positive point of view, the Constitutional Court emphasised that the consent of the victim with the participation in the game may not extend to the action of the player who caused the injury.

The decision of the Supreme Court underlined some of the rules that are decisive for the judicial practice:

A) *The principle of subsidiarity of the criminal law (criminal law as the last resort (ultima ratio))*: This general principle is rightfully applicable also in the field of sports even though it is impossible to ignore the increasing global trend of the recent

61. Published in Soubor trestních rozhodnutí Nejvyššího soudu (*Official Journal of the Supreme Court decisions in criminal cases*), C. H. Beck, 2007, vol. 36, under reference n. T 995.

years towards possible criminalisation of sports participants for sports-related injuries. However, this trend is no breakthrough in the principle of subsidiarity of the criminal law, it is only a response to the developments in the world of sports which is characterised by increased violence and ever-growing economic pressure on sports. This trend promoting the involvement of the criminal law in sport is sometimes explained by the increasing commercialisation of sport or by the fact that the injured sports participants have become more “courageous” to invoke their rights⁶² and, further, by the serious consequences of the practice of sport and by the increasing number of violent incidents on sports fields,⁶³ and, in some cases, also by the mere fact that, according to some, there is no reason why the practice of sports should be exempt from the scope of the criminal law.⁶⁴ The essence of the involvement of the criminal law in the sphere of sport, as far as legal liability of sports participants for sports-related injuries is concerned, was aptly outlined in the legal literature: “(...) the function of the criminal law in sport is to lay down distinctions between conduct which is tolerated in the context of sports involving physical contact – and would not necessarily be tolerated outside that context – and conduct sufficiently extreme as to transgress the criminal law irrespective of its sporting context and, sometimes, irrespective of the consent of the victim”.⁶⁵

B) *Individualisation of the case*: the decision correctly underlines the necessity to take into account both the type of the sport and the specific circumstances of the case in relation to the conduct of the perpetrator. The general reference, in the decision, to the individualisation with the general reference to the typology of the sports reflects the views maintained, in the European context, in particular, by the German legal theory which is characterised by a very high number of relevant publications. The German legal theory distinguishes between the so-called “combat sports” (Kampfsportarten) within which the general principles of legal liability may be modified when dealing with sports injuries and the so-called parallel sports (Parallelsportarten) within which, in principle, the general principles of legal liability

62. See also, for example: BONDALLAZ, J. Le juge, cet arbitre supreme. *Magazine Responsabilité pénale du sportif*, La Gruyère, 3 April 2004.

63. See also, for example: BELOFF, M.; KERR, T.; DEMETRIOU, M. *Sports Law*. Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 1999, p. 33-34.

64. See also, from the recent publications, for example: HAVRANOVÁ, M. Trestná zodpovednosť športe, Športová humanistika v systéme štúdia športových pedagógov, Zborník referátov z medzinárodnej konferencie, Bratislava, 2003, p. 60-62 or SAKÁČOVÁ, Z. Právne aspekty zodpovednosti v športe. *Acta Facultatis Educationis Physicae Universitatis Comenianae*, Publicatio XLV, Univerzita Komenského Bratislava, 2004, p. 153-168.

65. See also: BELOFF, M.; KERR, T.; DEMETRIOU, M. *Sports Law*. Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 1999, p. 33-34.

apply without any change.⁶⁶ This view reflects the opinion that the approach to legal liability of sports participants for sports-related injuries necessarily depends on the kind of the sport in question; the earlier German legal theory referred to the “Mann neben Mann” (i.e. man alongside man) sports and the “Mann gegen Mann” (man against man) sports.⁶⁷ J. Fritzweiler, a German scholar, correctly describes the essence of the issue of legal liability of sports participants for sports-related injuries. He notes that the fundamental point of difference concerning legal liability of sports participants for sports-related injuries is the issue of permissible danger or increased risk of injury which may be caused to another person, regulation of such dangers and risks in the rules of the respective games or sports and their legal classification.

C) *Emphasis on the violation of the sports rules*: The role of the sports rules in possible legal liability of sports participants is the golden thread of all the concepts and opinions that have appeared throughout the time. At the present time, it seems that the overly rigid position that the existence or absence of any legal liability depends on the adherence to (or violation of) the rules of the sport has been abandoned for good. Nevertheless, the decision also emphasises that it is necessary to examine the degree of violation of the rules of the sport in question.⁶⁸ The currently prevailing trend in the judicial practice (or at least one of the most prominent) may be identified in the approach of the Swiss courts according to which judges tend to approach criminal

66. See also, for example: FUCHS, M. *Deliktsrecht*. 4th edition, 2003, p. 72.

67. The author of this classification of the “Mann gegen Mann” sports and the “Mann neben Mann” sports is A. Vollrath, a German author, whose classification of sports used to be very popular in the sports law theory (see also, in this respect, for example: VOLLRATH, A. *Sportkampfverletzungen im Strafrecht*. Leipzig, 1931, p. 47). Further, see some of the earlier publications, for example: BECKER, W. *Sportverletzung und Strafrecht*, *Deutsche Justiz*, 1938, p. 1720-1722, NÜRCK, S. *Sport und Recht (Die Leibesübungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung)*, Reichssportverlag, Berlin SW 68, 1936, p. 276-278, MLETZKO, K. W. *Die strafrechtliche Behandlung von Körperverletzungen und Tötungen beim Sport*, Erlangen, 1935, p. 10-11, MAHLING, G. *Die strafrechtliche Behandlung von Sportverletzungen*, Borna – Leipzig, 1940, p. 6-7 or BRUNNER, A. *Die Sportverletzung im schweizerischen Strafrecht*, Zurich, 1949, p. 16-17. However, the above mentioned classification of sports was not the only one that appeared in the legal literature. A very detailed and sophisticated analysis of different approaches to the classifications of sports appearing in the literature on sports law can be found, for example, in: SZWARC, A. J. *Karnoprawne funkcje regul sportowych*, Poznań, 1977, p. 20-46.

68. The so-called concept of adherence to sports rules is the alpha and omega of the reflections on legal liability of sports participants for sports-related injuries. The role and extent of this concept in the history of the legal development of this issue are so far-reaching that this legal concept could be easily examined in an extensive monograph; let me only refer to my papers concerning this concept which were published in various Czech and Slovak legal magazines in 2006 a 2007, in particular, for example: KRÁLÍK, M. *Právní význam sportovních pravidel pro právní odpovědnost sportovců za sportovní úrazy ve světle doktrinnálního vývoje*, *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2006, II., p. 122-131.

cases concerning sports-related injuries with certain restraint and punish only gross violations of the rules of the game since there is a risk of unbearable increase in number of this type of proceedings if the State started to punish minor offences. In this respect, the arguments presented by the Supreme Court in the above mentioned decision are limited (unfortunately) to the laconic statement that the conduct of the perpetrator must be in conflict with the rules of the sport, with a “postscript” that the sports rules do not penalise such conduct as far as the consequent harm to health is concerned. The idea formulated in the “postscript” is innovative in the context of the European judicial practice and is probably unprecedented.

The most recent decision on legal liability of sports participants is the resolution of the Supreme Court of the Czech Republic from 17 February 2010, file no. 8 Tdo 68/2010.⁶⁹ As opposed to the above described decision in a case concerning football, this decision concerned an accident caused during skiing. The decision clearly follows the approach of the Czech civil courts to incidents occurring during the practice of skiing as expressed in the resolution of the Supreme Court of the Czech Republic from 23 February 2005, file no. 25 Cdo 1506/2004. After all, the Supreme Court expressly refers to this decision in its conclusions by stating that a skier must adapt his speed and manner of skiing to his personal ability and experience and to the overall situation in the place he is skiing (in particular, to the prevailing conditions of terrain, snow, weather and visibility, number of other skiers and other persons and their movement etc.) in order to be able to react, in time and at sufficient distance, even to an unexpected obstacle in the way. If a skier culpably violates these rules, it is possible to establish a violation of the so-called “general duty to prevent damage” imposed on anybody under Section 415 of the Civil Code or a failure to meet the required standard of due care on his part. If he causes serious harm to health to another person by his negligent conduct, he may be found liable for the crime of actual bodily harm.

The rules of conduct for the skiers published by the International Ski Federation (FIS) do not constitute any generally binding legal regulation but they are binding for the skiers on the piste and any culpable violation of the above mentioned rules constitutes violation of the legal duty to prevent damage within the meaning of Section 415 of the Civil Code. In this respect, the Supreme Court emphasised its acknowledgement of the role of the rules issued by the International Ski Federation (the so-called FIS rules) as the sole regulatory instrument in skiing – which is, to a certain extent, a risky recreational activity – since the role of the above mentioned rules may not be trivialized in the absence of any other rules regulating the practice of skiing and the need for such rules is evident. In general, it may be inferred from

69. The resolution was published in the Official journal of court decisions and opinions of the Supreme Court, 2010, under serial n. 55.

these rules of conduct that a skier must adapt his speed and manner of skiing to his personal ability and experience and further to the conditions of terrain, snow, weather and visibility and to the overall traffic on the piste, in other words, to the overall situation on the piste or on a track for cross-country skiing in order to be able to react even to an unexpected obstacle in time and at sufficient distance. This, at the same time, means that he cannot go where he cannot see. If a skier fails to respect these rules, he cannot be deemed to have acted in accordance with the requirements of Section 415 of the Civil Code, i.e. in compliance with the so-called general duty to prevent damage or to have met the required standard of due care which could be expected from him both objectively and subjectively.

This decision is applicable in its entirety also to cases which will be determined under the newly-revised Criminal Code, and, in particular, to such crimes as negligent homicide as defined in Section 143 and grievous bodily harm caused by negligence under Section 147 of the Criminal Code. The decision was published in the Official Journal of court decisions and opinions, thus providing guidance for the courts that will be dealing with similar cases in the future.

V. CONCLUSION

Although the case law of the Czech courts concerning legal liability of sports participants for sports-related injuries has only started to develop in the recent years, it is evident that it has taken the route of acknowledging the possible existence of both civil and criminal liability of sports participants for sports-related injuries while putting emphasis on the role of the sporting rules (or on the adherence to or violation of such rules) for the determination of any possible liability. Despite the relatively small number of decisions concerning this issue (and in the absence of any relevant legal literature), it is apparent, even at this point, what the courts of the Czech Republic consider to be the essential elements of legal liability of sports participants for sports-related injuries. Although this issue may undergo further development in the future, it seems today that the limits of legal liability have been set out firmly and it is most probable that, in the immediate future, no substantial deviation from the existing development can be expected, both as regards the civil and criminal liability.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- As lesões corporais na prática desportiva, de Elisangela da Ré – *RBDD* 11/116 (DTR\2011\2147).

LA MODALIDAD DE LAS TRIANGULACIONES EN EL MERCADO DE TRANSFERENCIAS EN EL FÚTBOL PROFESIONAL: SUS ALCANCES JURÍDICOS

RICARDO FREGA NAVIA

Doctor en Derecho (Universidad de Deusto – España). Director de Cuadernos de Derecho Deportivo (Argentina). Vicepresidente de la Asociación Latinoamericana de Derecho del Deporte (ALADDE). Secretario académico de la Diplomatura de Derecho del Deporte (Universidad Abierta Interamericana y Colegio de Abogados de Capital Federal-Argentina).

ÁREA DO DIREITO: Desportivo

RESUMO: O artigo analisa a evolução das TPO (third party ownership), sua previsão legal e em que contexto são válidas. Além de um estudo de algumas modalidades a elas relacionadas, como as triangulações nas transferências, e um estudo em relação à figura da indenização por formação.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos econômicos – Definição – Triangulações – Validade – Indenização por formação.

RESUMEN: El artículo analiza la evolución de las tpo (third party ownership), su encuadre legal y en que contexto se admite su validez. más, un estudio de algunas modalidades relacionadas con ellas, tales como las triangulaciones en las transferencias, y un estudio en relación a la figura de la indemnización por formación.

PALABRAS CLAVES: Derechos económicos – Definición – Triangulaciones – Su validez – Indemnización por formación

SUMÁRIO: 1. Introducción – 2. Los sistemas defensivos ante los excesos – 3. Las triangulaciones – 4. Las finalidades que se persiguen con estas triangulaciones – 5. Modalidades – 6. Análisis legal de las triangulaciones – 7. Una subespecie de las triangulaciones que resulta plenamente atentatoria contra derechos que emanan del propio RETJ – 8. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos treinta años los negocios que emergen dentro del marco del profesionalismo en el fútbol han ido mutando y buscando formas cada vez más sofisticadas, cuya estructura tienen una matriz en común: se buscan los territorios más difusos de los reglamentos federativos para desde allí elaborar un plan de inversiones con importantes réditos económicos. Hasta allí no se evidencian inconvenientes. Sin embargo ellos aparecen cuando el propósito final es evadir

impuestos y asimismo quitar la dirección del control de los mismos a sus verdaderos titulares (los clubes), para trasladarlo a grupos inversores.

En este contexto fáctico, necesitamos instalar el tema a tratar en este trabajo. Pero previo a ello, debemos sentar algunas bases elementales, como por ejemplo como definimos la figura de los beneficios ó derechos económicos, o su terminología inglesa de TPO (third party ownership), puesto que desde ese punto de partida se construyen los pilares de las triangulaciones.

No es el objeto de este artículo el desarrollar este instituto de los beneficios económicos, pero básicamente lo defino como un contrato de cesión de un derecho, eventual y condicional, sobre el beneficio o producido económico que surge de la transferencia de los derechos federativos vinculados a la registración en la asociación nacional correspondiente de un contrato de trabajo de un futbolista profesional, a cambio del pago de una suma dineraria.

Por ende, entiendo que para poder celebrar un contrato de estas características, necesariamente debe haber en vigor un contrato de trabajo de un futbolista. Es así que debemos hacer dos reflexiones para contextualizar adecuadamente este fenómeno.

En la primera, se debe destacar que estos contratos de trabajo siempre tienen que estar registrados en el ámbito federativo. Esta circunstancia determina una clara diferenciación respecto del resto de los trabajadores, cuyos contratos no se registran generalmente en organismo alguno. Ella es una de las tantas causales que justifican porque estamos en presencia de una relación laboral especial.

La segunda descripción, nos conduce a recordar que estamos en un ámbito de exclusividad, por la cual el futbolista sólo puede competir federativamente para un único club empleador en cualquier parte del mundo.

Si relacionamos ambas observaciones, concluiremos que para registrar un nuevo contrato de trabajo de esta modalidad, invariablemente tendrá que configurarse la circunstancia por la cual no puede existir contemporáneamente el registro vigente de un contrato de ese mismo jugador con otro club diferente al nuevo empleador. Este panorama nos envía directamente a considerar que ante esas restricciones, y en el marco del negocio del deporte profesional, esas contrataciones tengan un valor de mercado, y que como consecuencia de ello, pueden nacer determinados negocios especulativos como el de la cesión de los beneficios económicos.

Como se encuentra plenamente de “moda” el debate si los beneficios económicos deben ser admitidos o prohibidos, fugazmente opino que se trata de un falso debate la mentada dicotomía. Si este tipo contractual se ajusta a su verdadera naturaleza (tal como lo definí anteriormente), no debería generar ilicitud alguna. Por tanto, si lo que cede el club es el porcentaje del producido económico de una futura transferencia, y él es el que percibe todo el dinero de esa operación para luego abonar dicho porcentaje al cesionario, no hay modo de cuestionar su legalidad.

Si toda la mecánica de la transferencia fue dirigida por los clubes intervinientes, sin injerencia de terceras personas físicas o jurídicas (que podemos denominar los inversores), y los pertinentes pagos se realizaron de club a club, no se debería imputar ilicitud alguna, puesto que luego con el producido económico de la misma, el club de origen tiene la absoluta libertad de disponer ese dinero como mejor lo entienda y lo haya pactado con terceros. Pero es un tema que queda enmarcado exclusivamente dentro del vínculo entre el club y ese tercero cesionario. Para guardar el manto de legalidad, la relación no debe trabarse entre el cesionario del club de origen, con el club de destino, puesto que podemos entrar en el resbaladizo terreno de la injerencia de terceros.

Pero el verdadero tema de fondo a considerar es que casi ninguno de esos contratos en la práctica cumplen con estos requisitos, y por el contrario se convirtieron en un excelente instrumento para desbaratar algunos derechos de los clubes y sumar por otro lado una clara evasión impositiva. Es por eso que se dispara una reacción contraria, como en un péndulo, que además podemos describirla como desbordada y exagerada, y que divulga la imprescindible prohibición. Concluyo que parece ilusorio que se pudiera declarar la prohibición de estos contratos, sin más.

Pero esa conclusión debe completarse con el convencimiento que no se puede dejar tampoco la situación tal como resulta en la realidad actual (con una casi absoluta autorregulación para las partes), con una notoria desprotección de las entidades deportivas. No obstante, y como anticipé, pienso que tampoco solucionará nada su prohibición, ya que se buscarán nuevas formas de negocios en donde transportar estos intereses ajenos a los clubes, como resulta la de las triangulaciones que luego se analizarán.

Considero que se debe regular expresamente este tipo de cesiones en forma exhaustiva, detallada y contundente, ubicando en forma exacta cual es el alcance de las mismas, y una vez sobrepasado ese límite, se dará nacimiento a una ilegalidad por la que deberán responder las partes contratantes.

2. LOS SISTEMAS DEFENSIVOS ANTE LOS EXCESOS

Como es muy conocido, se utilizaron estos contratos de cesión de beneficios económicos con fines que exceden a su verdadera naturaleza antes descrita.

Es por eso que han devenido la creación de una serie de ordenamientos defensivos para detener su avance. Podemos mencionar esencialmente tres ámbitos: el federativo, el fiscal y el internacional.

El primero de ellos, tal como es de dominio público, se materializó por medio del art. 18 bis del Reglamento sobre el Estatuto y Transferencias de Jugadores (RETJ), acerca de la prohibición de celebrar acuerdos por los cuales terceros sujetos incidan en la voluntad de los clubes a la hora de celebrar un contrato de trabajo o pactar

una transferencia. A ello se le debe añadir que el art. 1.3 del mismo reglamento ordena que este precepto es de aplicación directa para las federaciones nacionales, que deben incorporar ese texto sin modificaciones. Por tanto, no debe haber forma de escapar de este cerco legal federativo aplicable a los clubes.

Por su parte, algunas haciendas nacionales, como en Argentina y Uruguay, han prestado una regulación específica para estos negocios. En el primero de ellos, se instrumentó un conjunto de normas que busca atacar todos los frentes por donde se puede escurrir algún aspecto de evasión, y así se instrumentó un marco regulatorio hostil a estas prácticas, con penalidades tributarias importantes.

Desde el punto de vista internacional, tenemos que el GAFI (Grupo de Acción Financiera), que es un grupo intergubernamental cuya finalidad es fijar parámetros contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, ha hecho foco en este tipo de operaciones vinculados al lavado de dinero en el marco del fútbol. Ello comenzó con un informe suyo de julio del 2009, que incluyen a los inversores en este tipo de negocios. Ello generó que algunos países (como la Argentina), a través de la Unidad de Información Financiera (UIF), exija la declaración de estos negocios a la administración pública, con el fin de controlar el origen y destino de estos fondos.

En dicho escenario defensivo, podemos encontrar alguna normativa federativa o estatal que directamente prohíbe este tipo de operaciones, como en Inglaterra y Francia.

Como detalle final, podemos observar como esta problemática alcanzó aspectos de la relación laboral de los futbolistas. Tal como lo dispone el convenio colectivo 557/09 de los futbolistas profesionales en Argentina, en su art. 8.7, más allá de su defectuosa redacción, se estipula que el futbolista debe percibir el 15 % (el mismo porcentaje que tiene asegurado del precio de una transferencia definitiva o cesión parcial), cuando su club empleador haya cedido un porcentaje de beneficio económico a un tercero vinculado a su contrato de trabajo en vigor.

3. LAS TRIANGULACIONES

Como se manifestó en el punto anterior, ante el uso abusivo de la figura de los TPO, se formó todo un entramado normativo de diverso origen que intentó frenar ese progreso no ajustado a derecho en numerosas ocasiones.

Es por ello que los inversores propiciaron un nuevo método elusivo, que se convierte operativo a través de las triangulaciones de transferencias, a fin de asegurar ese derecho en forma más eficaz.

La metodología más usual (aunque no es la única) es sencilla: los titulares de los beneficios económicos los adquieren bajo la condición que en ese momento, o cuando lo indiquen, se obliguen al club y al jugador a extinguir el contrato de trabajo

en vigor, para registrar inmediatamente como jugador libre, un nuevo contrato en cabeza federativa de un club interpuesto, con la finalidad que desde allí se efectúe la verdadera transferencia definitiva o sucesivas cesiones temporales, hacia otro club. Por tanto, se utiliza maliciosamente el registro federativo en cabeza de un club “puente”, para que se habilite y blanquee el negocio de los cesionarios de los beneficios económicos, cuyo propósito final era obtener un precio de transferencia con otro club diferente.

Como contrapartida, el club intermediario cobra un porcentaje de esa posterior transferencia, por ese servicio de alojamiento de derechos federativos, que suele rondar entre el 5 y el 10 por ciento de las cantidades dinerarias que se desprendan de la referida transferencia final.

Como se adelantó, no es la única forma de hacer operativa estas triangulaciones, pero sí la más frecuente. Por tanto, tenemos que se utilizó los servicios de un club interpuesto, con el cual el deportista nunca tuvo vínculo real alguno, considerando incluso que aquél puede competir en categoría amateur, alojando sin embargo el contrato de un futbolista profesional consagrado.

A veces, esas modalidades pueden deparar sorpresas inesperadas. Por ej. podemos citar el caso del jugador argentino-paraguayo Santana, que extinguió en forma unilateral sin justa causa su contrato con un club alemán. Su destino era un club de Paraguay, pero para justificar el precio de una transferencia, se alojó previamente el registro federativo en un club amateur, de índole regional, de Argentina, y desde allí se efectuó la mencionada transferencia por un precio, que obviamente el club argentino nunca percibió, sino que cobró una pequeña suma de dinero en concepto de garaje o alojamiento temporal del registro federativo. Hasta este momento no podemos encontrar algo diferente a las decenas de operaciones que se hacen de este tipo por todo el mundo. El gran inconveniente se produjo porque el club alemán demandó al jugador para que lo indemnice en base a lo ordenado en el art. 17.1 del RETJ (ruptura sin causa), y logró la condena del mismo. Pero como por el art. 17.2 opera la solidaridad del club que registra al jugador luego de esa ruptura, el sorprendido club argentino debió abonar una importante suma de dinero en tal carácter. Como se puede observar, esta triangulación, cuya finalidad última fue cumplida, fue algo distinta al modelo descripto para esta clase de operaciones (en este caso se hizo luego de una ruptura unilateral del contrato), y con un final atípico, pero posible.

4. LAS FINALIDADES QUE SE PERSIGUEN CON ESTAS TRIANGULACIONES

Se debe destacar que en este tipo de artificiosas contrataciones, podemos encontrar que, en principio, los beneficiarios finales suelen ser los inversores titulares de esos derechos económicos, o también el propio jugador (por ej. se utiliza esta herramienta para incorporar en su precio a una parte de la remuneración

del futbolista, que prefiere percibirlo de este modo con el propósito de no tener que tributar impuestos y cargas sociales que superan en su porcentaje a los que tendrá que pagar por impuestos en la triangulación), o ambos en forma de sociedad.

En ejemplo, entre tantos, de lo expuesto en el párrafo anterior, lo pudimos contemplar cuando el jugador Bottinelli quedó libre por haberse extinguido su contrato de trabajo por el vencimiento del plazo de duración pactado con el Club Atlético San Lorenzo de Almagro, y en esa condición registró un contrato (y por ende el registro federativo) con un club chileno, para que en forma inmediata se implemente su transferencia desde esta entidad deportiva hacia el Club Atlético River Plate. Posteriormente, y a continuación de una investigación de la administración tributaria argentina (AFIP), el futbolista en cierto modo reconoció que parte del precio pagado como transferencia, pertenecía a un grupo inversor y otra parte se relacionaba con el “dibujo” de los ingresos que había pactado percibir con su nuevo empleador. Utilizando la mínima lógica nos preguntamos qué sentido tuvo ese registro federativo transitorio para un club chileno, cuando nunca estuvo representado por las partes que este futbolista trabajare para él. La respuesta nos lleva a reflexionar que se utilizó en forma distorsionada y maliciosa toda la estructura de registración federativa en búsqueda de poner en el mercado el pago de unas cantidades de dinero de difícil justificación.

Las ventajas fundamentales que persiguen los beneficiarios de estos negociados son las siguientes:

a) Purgar vicios originarios en la adquisición de estos derechos: muchos de los titulares de estos derechos económicos lo fueron en base a contrataciones que posiblemente no estén ajustadas a derecho. Un ejemplo de ello lo encontramos claramente cuando el jugador ha quedado libre, y procede a ceder esos derechos a un tercero. Desde la más estricta técnica jurídica esa cesión es nula, ya que si no hay un contrato en vigor, no tiene sustento esa cesión, puesto que desde esa posición resulta imposible formalizar una transferencia, que es de donde se originan estos derechos. Caso contrario, debemos entender que lo que cedió el jugador es su libertad a contratar, aspecto ampliamente prohibido en la legislación laboral.

Por tanto, al registrar el contrato en un club puente, aquellos derechos fundados en una frágil legalidad, recuperan su fortaleza al entrar nuevamente, y sin rastros de vicios, en el circuito federativo.

No debe olvidarse que son numerosas sentencias de la justicia ordinaria en diversos países que declararon nulas aquellas contrataciones de beneficios económicos por las cuales el cesionario obtuvo esos derechos de un jugador cuando se encontraba sin vínculo contractual alguno. Por eso, estas triangulaciones ayudan a superar situaciones judiciales de ese tipo, consiguiendo purgar cualquier vicio originario del negocio.

b) Seguridad jurídica: esta incorporación a la estructura federativa de un contrato de trabajo y su posterior transferencia, produce un estado de garantía legal para el

cesionario, ya que queda habilitado indirectamente a poder utilizar la jurisdicción de Fifa en asuntos internacionales, cuestión totalmente imposible si ante un conflicto lo hiciera a título personal. En ese supuesto, ese tercer sujeto no federado (el inversor) debería reclamar su cumplimiento de pago ante la justicia ordinaria. En este caso, su posición siempre será más débil jurídicamente que si lo hace federativamente (en Fifa), puesto que ello lo implementará a través de la acción impulsada por el club interpuesto, siendo que realmente este último estará defendiendo los intereses del inversor. La fachada del club puente servirá de sustento jurídico para amparar los intereses del verdadero beneficiario de la triangulación, utilizando la jurisdicción federativa, con sus evidentes beneficios adicionales, como por ej. la posibilidad de la ejecución eficaz de estas decisiones que proporciona la organización de Fifa.

c) Evasión impositiva en relación a la transferencia: dicha triangulación en algunas ocasiones se impulsan con la idea de anclar la transferencia en un territorio en donde las cargas impositivas sean seriamente inferiores en relación al país en donde se tendrían que haber realizado en forma originaria.

5. MODALIDADES

Los beneficiarios tienen dos formas de hacer efectiva la triangulación.

En algunos supuestos los inversores apuntan a clubes que se encuentran en países en donde estén constituidos como sociedades comerciales. De ese modo buscan entidades deportivas de segunda categoría, y por tanto de un valor económico no muy elevado, y en ese panorama suele adquirir la mayoría accionaria con el fin de administrar libremente tal club, y desde esa plataforma se utiliza impunemente este mecanismo para registrar contratos de jugadores que nunca los representarán deportivamente.

La otra modalidad es la que se anunció anteriormente, por la cual el club intermediario cobra un canon por ser partícipe necesario de esta maniobra. En estos casos, el club puente percibe el dinero de la transferencia y después le transmite el porcentaje (luego de liquidada su propia comisión) pertinente al inversor que generó esa transferencia, atendiendo que usualmente se hace ese pago hacia un país en donde tiene abierta una cuenta bancaria el beneficiario, y que está inserta en un sistema financiero y legal propio de un paraíso fiscal.

A este tipo de negociados se prestan clubes chilenos, argentinos, uruguayos, brasileños, suizos, polacos, etc.

6. ANÁLISIS LEGAL DE LAS TRIANGULACIONES

Con estos antecedentes, debemos efectuar una reflexión sobre los alcances de la legalidad que encierra a estas triangulaciones, y podemos hacerlos desde distintas ópticas.

Desde el mundo laboral, parece no existir impedimento alguno. Se trata de una sucesión de contratos de trabajo de futbolistas, finalizando con un acto admitido en este tipo de relaciones laborales especiales, tal como es la cesión o transferencia definitiva. Todo ello en la medida que el futbolista lo haga prestando libremente su conformidad, y no como fruto de la presión del inversor, en cuyo caso podemos pensar en la nulidad del mismo.

En la mirada del mundo civil y comercial, estas operaciones de cesiones de derechos podemos entender que se encuentran dentro del marco legal.

El tema más sorprendente se produce en el campo federativo y el reflejo en su reglamentación. En primer lugar se debe diferenciar entre dos situaciones. En una de ellas, bajo algunas circunstancias podríamos pensar que estamos en presencia de una verdadera triangulación, pero en realidad no se sigue esa lógica. Concretamente, podemos poner los siguientes ejemplos: el futbolista Roberto Ayala finalizó su contrato de trabajo con el club Valencia. Por ello, firma un nuevo contrato con otro club español, el Villarreal, en donde se estipula una cláusula indemnizatoria rescisoria. A los pocos días, sin siquiera participar de un amistoso de pretemporada, y cerca del cierre de la ventana de transferencias, el Zaragoza abona esa cláusula, y con el consentimiento del jugador, celebran un contrato laboral con este club. Es así que tiene la apariencia de una triangulación más, pero parece claro en este supuesto que fue una sucesión lícita de contrataciones, sin perseguir otro tipo de finalidades. El mismo supuesto lo encontramos en la finalización del contrato de trabajo entre el jugador Demichelis con el club Málaga. En esas circunstancias, firma un contrato laboral con el Atlético de Madrid con una cláusula de rescisión que fue pagada a las pocas semanas por el Manchester City.

Pero dejando de lado estos puntuales ejemplos, se observan decenas de transferencias que se realizan utilizando un club puente, sin el menor pudor, y con la mirada de Fifa enfocada hacia otra dirección.

En tal caso, nos debemos preguntar si esta forma de actuar es tolerable por la reglamentación federativa, y más específicamente con el mencionado art. 18 bis del RETJ. Se recuerda que allí se dispone que: “(1) Ningún club concertará un contrato que permita a cualquier parte de dicho contrato, o a terceros, asumir una posición una posición por la cual pueda influir en asuntos laborales y sobre transferencias relacionados con la independencia, la política o la actuación de los equipos del club. (2) La Comisión Disciplinaria de la Fifa podrá imponer sanciones disciplinarias a los clubes que no cumplan las obligaciones estipuladas en este artículo”.

Este texto, goza de una gran pobreza de desarrollo jurídico, lleno de vaguedades. Pero aún así, nos resulta más que suficiente para concluir que la mayoría de las triangulaciones se hacen vulnerando ese artículo.

Como se explicó, es parte inherente a estos negocios, que se imponga la voluntad de un tercero sobre la del club en donde se construye la última parte de

la triangulación. El club puente, en el cual formalmente pesa el inicio del último trayecto, no tiene incidencia alguna en la política de transferencias en las que formalmente participa.

Los ejecutores de estos negociados pretenden insertarse a un marco de legalidad porque esquemáticamente estamos en presencia de una cadena de actos jurídicos autónomamente legítimos, cada uno de ellos implementados dentro de la jurisdicción deportiva. Hay un contrato de trabajo que se extingue por mutuo acuerdo (acto válido), para luego registrar inmediatamente un nuevo contrato de trabajo para otro club (acto válido), para que rápidamente sea el sostén de una transferencia a otro club (acto válido).

Todo ese paraíso legal deportivo empieza a desdibujarse cuando contemplamos y valoramos esos actos aislados válidos, pero dentro del contexto de estas operaciones complejas, y en donde se desprecia abiertamente lo exigido en el art. 18 bis aludido. No existirían estas triangulaciones si el último club cedente no cumple con su rol de títere, de vasallo de otro sujeto, que le indicará como defender sus intereses a través de su complicidad.

Con todo este panorama, y atendiendo los principios recogidos en dicho artículo del RETJ, resulta completamente asombrosa la desidia de la Fifa y de las federaciones nacionales para convalidar automáticamente estas operaciones, sin la menor curiosidad por indagar sobre su esencia, implementación y finalidad, siendo que resultan a simple vista indisimulablemente sospechosas. Algunas de ellas son escandalosamente ilegítimas. Sobran los ejemplos, como ya se informó, por los cuales los clubes puentes completamente amateurs hacen esas funciones teniendo como antecedente la ruptura de un contrato profesional firmado entre club y jugador destacado, y a continuación lo sobrevive una transferencia onerosa, de importantes sumas de dinero hacia otro club totalmente profesional.

Evidentemente, la Fifa debe modificar urgentemente este artículo, y decidirse a lucir un contenido serio y exigente, aunque más no sea para que un grupo de inversores no burlen abiertamente su poder.

7. UNA SUBESPECIE DE LAS TRIANGULACIONES QUE RESULTA PLENAMENTE ATENTATORIA CONTRA DERECHOS QUE EMANAN DEL PROPIO RETJ

Al calor de ese panorama de formal legalidad aparente que expide este fenómeno de las triangulaciones, ha crecido un género que afecta y destruye impiadosamente uno de los derechos de los clubes que ha instaurado el RETJ.

Más específicamente me estoy refiriendo cuando maliciosamente se triangulan registros federativos de inscripción de jugadores con el certero objetivo de eliminar el derecho de un club para reclamar la indemnización por formación.

La jugada es muy sencilla y obscenamente permitida por la Fifa y las federaciones nacionales, dependiendo el caso. Un ejemplo de ellos es cuando un futbolista

amateur o con un reciente acceso al profesionalismo concluye por la causal que fuera su relación con el club que lo educó deportivamente, y pasa a ser pretendido por algún club de otro país que participa de la competición profesional; y con un notorio fin de eludir el pago de la indemnización por formación, previo a proceder a tal incorporación, se lo registra como profesional en un club de IV categoría (exento del pago de ese derecho), fuera de la misma federación del club formador o de otra, para luego registrarlo urgentemente a favor del verdadero club profesional interesado. Con esa movida, utilizando el registro federativo interpuesto y fraudulento, queda perforado el derecho del club formador, pulverizando el acceso a esas cantidades dinerarias que legítimamente ha generado.

Por suerte, y cada tanto, aparece alguna decisión que pone en la órbita correcta a los infractores, y de esa forma no permite la admisibilidad de esos dibujos federativos, que finalmente lo que persiguen es no hacer efectivo el derecho que se recoge en otra parte del RETJ.

En esa dirección encontramos la impecable doctrina del laudo CAS 2009/A/1757, en el caso “MTK Budapest vs. FC Internazionale SpA”, en donde no sólo se hizo extensiva y flexible la interpretación de la norma de Fifa, sino que resolvió en contra del frío texto federativo. Allí, se dilucidó el conflicto por el cual un jugador húngaro, que había sido citado asimismo para la selección juvenil de su país, termina su vínculo amateur con el club de esa misma nacionalidad, el MTK, para celebrar un contrato con un ignoto club de Malta, que obviamente se encuentra categorizado como un IV categoría, y por ende exento de pagar la indemnización por formación. Pero si ello ya resultaba extraño, mucho peor se convirtió el panorama cuando tan sólo nueve días después procede a celebrar un nuevo contrato de trabajo, pero ahora con el poderoso club italiano Internazionale de Milano. Claramente, se trató de una típica triangulación en donde se utilizó los servicios registrales de un club puente (el club de Malta), para destruir el derecho del club húngaro de percibir las cantidades indemnizatorias por formación que debía abonar el club italiano. Con gran lucidez jurídica, el panel del CAS pudo desnudar esa operación maliciosa, y así se pregunta cómo se puede entender que un jugador que fue capitán del equipo húngaro de menores de 19 años y que ha atraído la atención del Inter de Milán ha elegido ir a un club de Malta y permanecer allí durante poco más de una semana antes de pasar a Italia. Consecuentemente, decide admitir la pretensión del club húngaro, y de ese modo condenar al club italiano a pagar la indemnización por formación, siendo que si se hubiera aplicado rigurosamente el texto del RETJ, nada debería pagarse al club formador. Analizó el panel todo el contexto de esa verdadera triangulación y así arribó a la conclusión que al detectar esa maniobra fraudulenta, la aplicación fría y literal de la norma mencionada, conducía a un destacado perjuicio al club húngaro, y ante ello se resolvió incorporar una excepción justificada por las circunstancias. El texto del laudo, en su parte final (en el apartado 31) nos enseña que “los objetivos de la justicia deportiva no serán

derrotados por una interpretación excesivamente formalista del Reglamento de Fifa, que se desvían de su propósito original”.

8. CONCLUSIÓN

Como hemos pensado en este apretado recorrido por esta problemática, podemos arribar al concepto en donde lamentablemente la híbrida regulación federativa en la materia permite la construcción de estos negocios fraudulentos, que lesionan el derecho de los clubes. Además, muchas de las decisiones que imparten los órganos jurisdiccionales de Fifa no acompañan para enmendar esa situación, ya que emplean generalmente interpretaciones rígidas de su propio reglamento.

Llegado a este punto del camino, se erige como imprescindible plan de actuación una precisa reforma del RETJ por la cual se asfixien todos los propósitos defraudatorios que se encuentran en el génesis de estas denominadas triangulaciones. Desde la esfera federativa, no se encuentra razón alguna para justificar la libre aceptación de las mismas, máxime cuando apuntan a dañar los propios principios del RETJ, siendo en alguno casos la vulneración de la prohibición de la injerencia de terceros en la política de transferencias y contrataciones (art. 18 bis en concordancia con el 1.3), o en otros supuestos la pulverización del derecho a una indemnización por formación (art. 20 y anexo 4).

De tal modo, pienso que la propia estructura federativa debe reglamentar certeramente sus principios troncales, con la firme determinación de no propiciar lagunas legales, y de ese modo garantizar el ejercicio de los legítimos derechos de los esenciales sujetos que conforman su organización, tales como son los clubes.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A legalidade da interferência de terceiros nas transferências de atletas, de Tiago Queiroz Da Costa – *RBDD* 22/13 (DTR\2012\451027);
- Escolas de futebol e direitos de formação, de Natalie D'Urso – *RBDD* 21/427 (DTR\2012\450096); e
- Transferência negocial de atletas profissionais de futebol, de Gil Justen Santana – *RBDD* 19/57 (DTR\2011\1917).

The background features a light gray gradient with a complex pattern of overlapping, semi-transparent circles and fine, radiating lines that create a sense of depth and movement, particularly on the right side of the page.

Jurisprudência



Superior Tribunal de Justiça Desportiva do Atletismo

STJD do Atletismo – Processo 03/2013 – Comissão Disciplinar Nacional – j. 27.02.2014 – m.v. – rel. Auditor Gustavo Lopes Pires de Souza – Área do Direito: Desportivo.

ATLETA PROFISSIONAL – Infração contra a ética desportiva – Ofender alguém em sua honra, por fato relacionado diretamente ao desporto – Caracterização – Agente que, após desclassificação em prova de revezamento de mundial de atletismo, faz declarações públicas afirmando que não havia treinado o suficiente e teria dormido e se alimentado mal para a participação no campeonato – Conduta que visou atribuir a responsabilidade pelo erro cometido à Confederação Brasileira de Atletismo e à comissão técnica da entidade – Declarações que extrapolaram a mera crítica e imputaram à comissão condutas inverídicas.

Ementa do editorial: Atleta que, no último dia de provas do Campeonato Mundial de Atletismo de Moscou, faz declarações públicas, por meio de entrevistas concedidas à mídia, expondo a Confederação Brasileira de Atletismo e a comissão técnica da entidade.

A esportista declarou não ter treinado o suficiente para o evento e ter dormido e se alimentado mal durante a participação da Seleção Brasileira no evento, como possível causa da “falha” da equipe na prova de revezamento citada.

Conduta ofensiva à honra da CBAT e da comissão técnica, violando o art. 243-F do Código Brasileiro de Justiça Desportiva. Declarações que rodaram o mundo e trouxeram forte abalo à imagem da Confederação Brasileira de Atletismo.

Atleta de alto nível que é considerado verdadeiro embaixador do desporto, devendo suas ações serem pautadas na ponderação, sob pena de trazerem prejuízos irreparáveis às entidades nacionais que organizam e administram o desporto.

Processo: 03/2013.

Denunciada: Sra. Vanda Ferreira Gomes.

Sessão de julgamento: 27.02.2014.

RELATÓRIO – Trata-se de denúncia oferecida pela Douta Procuradoria de Justiça Desportiva do STJD do Atletismo, em face da atleta Vanda Ferreira Gomes que, segundo a peça acusatória, teria violado norma disciplinar contida no Código Brasileiro de Justiça Desportiva – CBJD, infringindo o art. 243-F do CBJD.

Segundo a denúncia, no último dia de provas do Campeonato Mundial de Atletismo de Moscou, após a prova final do Revezamento 4 x 100 metros para mulheres, a denunciada teria feito declarações públicas, por meio de entrevistas concedidas às principais redes de televisão do país, cujo conteúdo expôs a Confederação Brasileira de Atletismo – CBAT e a comissão técnica da entidade, ganhando o caso proporção e repercussão não aceitáveis.

A atleta teria declarado categoricamente não ter treinado o suficiente para o evento e ter dormido e se alimentado mal durante a participação da Seleção Brasileira no mundial, como possível causa da “falha” da equipe na prova de revezamento citada.

O Douto Procurador de Justiça Desportiva entendeu a conduta da atleta como violadora do art. 243-F do CBJD, tendo ofendido a CBAT e a comissão técnica da entidade em sua honra, por fato diretamente relacionado ao desporto. A pena prevista para o artigo mencionado varia de 1 (uma) a 6 (seis) provas de suspensão, além de eventual multa.

Baseou sua denúncia no fato de que as declarações da atleta extrapolaram a mera crítica e imputaram à CBAT, sua comissão técnica e ao treinador Dr. Katsuhico Nakaya condutas inverídicas como: “Falta de treinamento, planejamento, e de não ter provido às atletas alojamento adequado e alimentação” (palavras do Procurador).

Foram juntados relatórios emitidos por profissionais ligados à CBAT, como psicólogos e nutricionistas, notícias veiculadas na imprensa e a oitiva de testemunha requerida pela Procuradoria.

Buscando preservar a honra objetiva e subjetiva das entidades desportivas e dos treinadores, requereu o recebimento da denúncia, sua procedência e a consequente condenação da denunciada no artigo supra.

A atleta denunciada, por meio de seu advogado e por depoimento pessoal prestado à Comissão Disciplinar, não negou os fatos a ela imputados, mas afirmou não ter tido a intenção de ofender as partes mencionadas pela Procuradoria, tendo as declarações, claro tom de desabafo. Afirmou ainda ter se arrependido de não ter explicado as declarações, que teriam sido interpretadas de forma equivocada.

A defesa, inicialmente ventilando a hipótese de prescrição da pretensão punitiva da Procuradoria, requereu a absolvição da atleta, por entender não ter havido qualquer ofensa nas declarações que, consistindo em uma forma de livre expressar-se, estão protegidas pela Constituição da República. Para tanto, fez uso da prova de vídeo, com as declarações da atleta.

Em pedido alternativo e, segundo as palavras do Douto Defensor, “por amor à argumentação”, pediu a desclassificação do art. 243-F para o art. 258 do CBJD, devendo ser aplicada a pena de advertência prevista.

A Comissão Disciplinar do STJD do Atletismo afastou a prescrição e julgou parcialmente procedente a denúncia ofertada pela Procuradoria de Justiça Desportiva condenando a atleta Vanda Ferreira Gomes a 1 (uma) prova de suspensão, por violação ao art. 258, c/c art. 180, IV, e 182 do CBJD. A pena inicialmente aplicada foi de duas competições, entretanto, foi aplicada à metade por ter-se entendido tratar de atleta não profissional.

Interposto recurso, a atleta requereu efeito suspensivo, o que neguei na qualidade de relator por entender não estarem presentes os requisitos do art. 247-A do CBJD.

Em suas razões, a atleta reitera a não intenção de atentar à honra da CBAT ou membros da comissão técnica e requer, ao final, a absolvição, argumentando que a reforma da decisão constituirá elemento reparador para a reconquista do *bolsa podium*.

A Procuradoria, por sua vez, também apresentou recurso sob o fundamento de que a atleta teria tentado transferir à CBAT e à comissão técnica a responsabilidade pelo resultado do Mundial de Atletismo de Moscou.

Ao final, a Procuradoria requer o total provimento do recurso para que a atleta seja condenada nas penas do art. 243-F ou que seja majorada a pena do art. 258.

Ausente a recorrente e dada a palavra ao douto Procurador de Justiça Desportiva, pugnou pelo provimento de seu recurso.

É o relatório.

VOTO – Presentes os requisitos de admissibilidade, recebo os recursos voluntários apresentados pela atleta Vanda Ferreira Gomes e pela Procuradoria.

Inicialmente, imprescindível afastar a arguição de prescrição da pretensão punitiva da Procuradoria de Justiça Desportiva. Entendo que a Douta Procuradoria, de acordo com a denúncia oferecida e com o art. 165-A do CBJD cumpriu com suas atribuições de forma tempestiva, apresentando a peça acusatória dentro dos 60 dias estabelecidos no § 2.º do artigo supra.

Ademais, se houve eventual morosidade no processamento do presente processo disciplinar, este se deu por um conjunto de fatores, inclusive, para adequar a sessão de julgamento à agenda dos procuradores da denunciada, garantindo-lhe plenitude de defesa e, ainda, para atender aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Entre a celeridade e a busca por um julgamento justo e a garantia da ampla defesa, devem prevalecer aos últimos.

Ora, num conflito entre um princípio constitucional e uma regra, que não tem como objetivo proteger outro princípio constitucional, o princípio prevalece.

Segundo o jurista alemão Robert Alexy todos os princípios *a priori* têm o mesmo valor e peso. Caso dois ou mais princípios colidirem, deve ser ponderado no caso concreto qual princípio deve prevalecer para fazer Justiça.

Tendo ouvido as partes, analisado os documentos de prova juntados aos autos e assistido ao vídeo com as manifestações da denunciada, este relator procedeu ao julgamento do feito.

As declarações da denunciada constituem fato incontroverso, eis que proferidas “ao vivo” em rede nacional e acessíveis pela rede mundial de computadores.

Ademais, este julgador acompanhou “ao vivo” a fatídica prova do revezamento feminino e, também, as declarações ora debatidas, na televisão, na data dos fatos.

Neste momento, cabe-me analisar se houve o exercício regular do direito à liberdade de expressão, se este direito possui limites, se houve ofensa à honra da CBAT e da comissão técnica ou qualquer outra conduta contrária à ética ou à disciplina.

No caso em comento, a atleta foi denunciada em virtude de declarações realizadas após a desclassificação da prova do revezamento no Mundial de Atletismo de Moscou.

Considerando que disciplina é a obediência às regras desportivas, que a ética desportiva corresponde a um conjunto de normas e preceitos que norteiam a boa conduta no desporto e que somente aplica-se o art. 258 do CBJD na hipótese de não haver conduta tipificada afastando a sua aplicabilidade, eis que a conduta narrada na denuncia encontra-se tipificada nos exatos termos do art. 243-F do CBJD.

Deste modo, basta analisar se houve, ou não, ofensa à honra por fato diretamente ligado ao desporto.

Inicialmente, destaque-se que a liberdade de expressão e os chamados direitos da personalidade, como a honra e a imagem, são garantias que têm o mesmo status na Constituição. São cláusulas pétreas previstas na Lei Maior e prerrogativas fundamentais dos cidadãos.

Neste caso, deve-se utilizar a técnica de ponderação de princípios para solucionar o conflito. Assim, a decisão sempre ocorre de forma casuística, na análise do caso concreto, processo por processo. Ou seja, não há uma fórmula pronta: em alguns casos vencerá o direito à liberdade de expressão; em outros, a proteção da personalidade.

O que norteia a aplicação desses princípios e a escolha de um ou outro direito é o interesse público da liberdade de expressão. Se uma informação interessa à coletividade, a balança tende para a liberdade de expressão.

Se uma pessoa ou instituição é prejudicada pela declaração que se restringe às questões internas, prevalecerá o entendimento de que, embora seja relevante, o direito à liberdade de expressão não é uma garantia absoluta.

A denunciada é uma atleta de alto nível, campeã pan-americana em 2011, finalista mundial em 2013, além de possuir inúmeras conquistas em âmbito nacional e continental. Ou seja, não se trata de uma atleta em início de carreira, inexperiente, mas de uma corredora apta a entender e conhecer a importância e a magnitude de seus atos.

A declaração, realizada logo após uma desclassificação frustrante na qual a equipe brasileira lutava por medalha, buscou transferir a responsabilidade do erro cometido à preparação técnica planejada pela CBAT e sua comissão técnica.

As declarações da atleta rodaram o mundo e trouxeram forte abalo à imagem da CBAT, aos membros de sua comissão técnica e até mesmo ao Movimento Olímpico Brasileiro, especialmente, em um momento em que o desporto brasileiro é vitrine vez que o país organizará os dois principais eventos esportivos do mundo brevemente.

Ainda que a preparação tivesse sido considerada ruim, trata-se de questão *interna corporis* e que deveria ser resolvida internamente, donde se afasta o interesse coletivo nas declarações da atleta, limitando-se sua liberdade de expressão à ofensa à honra da CBAT, comissão técnica e como já aventado, até mesmo ao Movimento Olímpico Brasileiro.

O fato das declarações terem sido fruto de um momento de “alta adrenalina” e sob a emoção da derrota em nada diminui a responsabilidade, pelo que foi dito e pelos argumentos utilizados. Aliás, pelo contrário, eis que declarações realizada no “calor” do evento, “ao vivo”, e em rede praticamente mundial possuem um peso ainda maior do que aquelas emitidas dias depois e de maneira mais racional e ponderada.

Revendo o vídeo, é perceptível o constrangimento das demais atletas da equipe de revezamento diante das declarações da denunciada.

Um atleta de alto nível é, acima de tudo, um verdadeiro embaixador do desporto brasileiro e suas ações devem pautar-se na ponderação, sob pena de trazerem prejuízos irreparáveis às entidades nacionais que organizam e administram o desporto.

Destarte, não se trata de “proibir” críticas, mas crer que estas devam vir acompanhadas de fundamentação, sugestões para melhora e correção, com comprovação dos atos internamente. De se salientar que o revezamento é a única competição em equipe do atletismo, o que amplia a responsabilidade dos atletas e da comissão técnica. É necessário agir como equipe, fazendo um debate de condições de preparação e não lançar palavras ao vento, sem qualquer tipo de ponderação, como se elas não fossem capazes de trazer prejuízos aos envolvidos.

O STJD do Atletismo é composto por cabeças notáveis que, além do manifesto saber jurídico, são amantes do esporte. Este tribunal não pode permitir que qualquer atleta, clube, entidade ou membro da comissão técnica atue de forma contrária à ética desportiva ofendendo publicamente a honra daqueles que fazem, organizam e administram o esporte em nosso país.

De se considerar também que se trata de caso paradigma, no qual o STJD tem a oportunidade de demonstrar que não tolerará atos de afronta os princípios fundamentais do olimpismo insculpidos na Carta Olímpica.

A prática do desporto é um direito do homem. Todo e qualquer indivíduo deve ter a possibilidade de praticar desporto, sem qualquer forma de discriminação e de acordo com o espírito olímpico, que requer entendimento mútuo, com espírito de amizade, solidariedade e *fair play*.

Diante disto, entendo que a atleta ofendeu a honra da CBAT e de sua comissão técnica, aplicando-se o art. 243-F do CBJD, cuja pena varia de 1 (uma) a 6 (seis) provas de suspensão, além de multa.

Percebe-se a existência da atenuante prevista no inc. IV do art. 180 do CBJD, já que a denunciada não sofreu punição nos últimos doze meses, o que será considerado na quantificação final da pena.

Dessa forma, aplica-se a pena de 2 (duas) provas e, considerando-se a capacidade econômica da atleta fixo a multa em R\$ 2.000,00 (mil reais).

Acerca da aplicação da pena, passa-se a analisar se a atleta possui status profissional ou não profissional.

Segundo o art. 3.º da Lei Pelé, atleta profissional é aquele que possui remuneração pactuada em contrato formal com entidade de prática desportiva.

Em uma averiguação perfunctória percebe-se que apesar da denunciada não possuir contrato de trabalho com entidade de prática desportiva, há fortíssimos indícios da existência dos requisitos do art. 3.º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), eis que, vislumbra-se que a atleta presta serviços de natureza não eventual, sob a dependência deste e mediante contraprestação pecuniária.

E outras palavras, apesar da inexistência de contrato formal de trabalho, a situação de fato nos leva e perceber a existência real de um vínculo laboral que torna-se ainda mais latente ao se constatar o empenho do Esporte Clube Pinheiros na absolvição de sua atleta.

Não obstante isso, pela redação expressa da Lei Pelé que exige contrato formal de trabalho, este julgador entende não possuir competência legal para declarar existente um vínculo trabalhista e classificar a denunciada como atleta profissional.

Assim, aplica-se o art. 182 do CBJD, reduzindo-se pela metade eventual punição à denunciada.

Aplica-se, ainda, o art. 170, § 2.º, que afasta a aplicabilidade de multa aos atletas não profissionais, razão pela qual, fixo a multa em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), mas deixo de aplicá-la.

Deixo de analisar a possibilidade de aplicação de punição na forma de medida de interesse social, eis que não houve requerimento nesse sentido por parte da denunciada.

Diante todo o exposto, conclui-se, que a denunciada, infringiu a norma disciplinar desportiva contida no art. 243-F do CBJD, e que, apesar de condenada a 2 (duas) provas e multa no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), deverá cumprir a pena de suspensão de 01 (uma) prova em competições da CBAT, já que se aplica a redução prevista no art. 182 do CBJD. Ato contínuo, nos termos do § 2.º, do art. 170 do CBJD, embora fixada, deixo de aplicar a pena de multa.

Decido, no uso de minhas atribuições e tendo analisado e discutido exaustivamente o caso em tela, negar provimento ao recurso da denunciada e dar provimento parcial ao recurso da Procuradoria de Justiça Desportiva do Atletismo para condenar a atleta Vanda Ferreira Gomes a 2 (duas) provas oficiais e multa no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Outrossim, nos moldes dos arts. 170, § 2.º, e 182 do CBJD, a denunciada deverá cumprir a pena de suspensão de 01 (uma) prova em competições da CBAT, a que ocorrer primeiro, bem como deve ser liberada do pagamento da multa fixada em dinheiro.

Dada a palavra aos demais auditores, foram tecidas ponderações e todos acompanharam o relator quanto à ausência de prescrição.

Outrossim, o Dr. Amadeu Armentano acompanhou o relator na aplicação do art. 243-F do CBJD, porém, divergiu ao entender que a pena há de ser aplicada de forma a trazer punições severas, e votou pela suspensão de 6 (seis) provas e multa no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), devendo a suspensão incidir sobre 3 (três) provas, nos termos do art. 182, CBJD. Deixou, ainda, de aplicar a multa, nos termos do art. 170, § 2.º, do CBJD.

O Prof. Antônio Carlos Pereira, por sua vez, acompanhou o relator integralmente, registrando entender que a ausência injustificada dos procuradores e da recorrida configuraram desrespeito a este Tribunal.

O Dr. Marcos André Franco Montouro, em suas ponderações, divergiu do relator para manter a decisão da Comissão Disciplinar.

A Dra. Fernanda Bazanelli Bini, ponderou pela necessidade de haver caráter pedagógico na pena e divergiu do relator para tipificar a conduta da denunciada no art. 258 do CBJD e fixou a pena em 4 (quatro) provas, devendo a suspensão incidir sobre 2 (duas) provas, nos termos do art. 182.

Por fim, com a palavra ao presidente Dr. Gustavo Normanton Delbin, o mesmo fez questão de ressaltar todos os aspectos contidos no voto do relator acerca da morosidade processual aventada pela recorrida na defesa, eis que se tratou de argumento desnecessário para a solução da demanda e também a ressalva com relação à profissionalização da atleta. Destacou, ainda, quanto ao primeiro argumento que os próprios procuradores da denunciada deram motivo para a demora na solução do presente caso, uma vez que, requereram adiamento de data de sessão de julgamento, pedido que foi deferido em primeira instância. Como bem salientado pelo Douto Senhor relator, entre a celeridade e a busca por um julgamento justo e a garantia da ampla defesa, devem prevalecer os últimos. Lembrou também que a falta de documento que comprovasse a apresentação da denúncia dentro do prazo foi devidamente sanada em sessão de julgamento da Comissão Disciplinar. No mérito, acompanhou o relator na tipificação da infração no art. 243-F, acolhendo o pleito da Procuradoria, entretanto, divergiu do relator ao quantificar a suspensão em 4 (quatro) provas e multa no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), devendo a suspensão incidir sobre 2 (duas) provas, nos termos do art. 182 do CBJD. Deixou, ainda, de aplicar a multa, nos termos do art. 170, § 2.º, do CBJD. Agradeceu a presença de todos e proclamou o resultado do julgamento.

RESULTADO DO JULGAMENTO – Por maioria de votos, houve reclassificação da infração cometida para o art. 243-F do CBJD e fixação da pena em suspensão por maioria em 2 (duas) provas e multa no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), devendo a suspensão incidir sobre 1 (uma) prova, nos termos do art. 182 do CBJD. Por aplicação do art. 170, § 2.º, do CBJD a pena pecuniária deixará de ser aplicada.

São Paulo, 27 de fevereiro de 2014 – GUSTAVO LOPES PIRES DE SOUZA, auditor relator.

Superior Tribunal de Justiça Desportiva

STJD – Processo 273/2013 – j. 12.12.2013 – v.u. – rel. auditor Miguel Ângelo Cançado – Área do Direito: Desportivo.

FUTEBOL – Rebaixamento de clube futebolístico para o Campeonato Brasileiro da Série “D” – Admissibilidade – Medida que se apresenta como alternativa diante da impossibilidade material do cumprimento da punição imposta pela Fifa – Clube que, ao se filiar à entidade, submete-se às regras internacionais que regem a atividade esportiva exercida, desde que não afrontem as normas jurídicas brasileiras – Inteligência do art. 1.º, § 1.º, da Lei 9.615/1998.

PENALIDADE ADMINISTRATIVA – Multa pecuniária – Admissibilidade – Clube futebolístico que, penalizado pelo Comitê Disciplinar da Fifa, ingressa com pedido de liminar no Judiciário, a fim de obstaculizar o cumprimento da decisão – Conduta que incorre em infringência à norma desportiva recepcionada pela Lei 9.615/1998 – Redução do quantum arbitrado, ademais, que se mostra razoável diante do investimento econômico-financeiro inferior na série em que o clube disputou o campeonato.

Veja também Doutrina

- Alguns conceitos para o estudo do direito desportivo, de Marcilio Cesar Ramos Kriegel – *RBDD* 1/38 (DTR\2011\1963); e
- Código Brasileiro de Justiça Desportiva: sentido e alcance das recentes alterações, de Álvaro Melo Filho – *RBDD* 9/16 (DTR\2011\2114).

Ementa do Editorial: Penalidades desportivas. Rebaixamento de clube de futebol para o Campeonato Brasileiro da Série “D”, uma vez que o time, ao se filiar à Confederação Brasileira de Futebol e à Fifa, se submete às regras internacionais que regem a atividade esportiva exercida. Inexistência de afronta às normas jurídicas brasileiras que permite a condenação administrativa. Inteligência do art. 64 do Código Disciplinar da Fifa e do art. 1.º, § 1.º, da Lei 9.615/1998 (Lei Pelé).

Multas pecuniárias. Minoração do quantum. Possibilidade. Feito pleiteado antes do esgotamento das instâncias desportivas. Concessão de liminar que impede o inte-

gral cumprimento da decisão emanada pela Fifa para retirada de pontos da equipe no Campeonato Brasileiro da Série “C”. Investimento econômico-financeiro indubitavelmente inferior aos Campeonatos Brasileiros da Série “A” e “B” que permite a redução das reprimendas. Aplicação dos princípios da equidade e razoabilidade que se impõe.

*Processo 273/2013 – Recurso Voluntário – Recorrentes: Procuradoria da Terceira Comissão Disciplinar; Confederação Brasileira de Futebol; e Betim E.C. – Recorridos: 3.ª Comissão Disciplinar e Betim E.C.
Auditor relator: Dr. Miguel Ângelo Cançado.*

COMENTÁRIO

APLICAÇÃO DO CÓDIGO DISCIPLINAR DA FIFA PELO STJD

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo tecer comentários à decisão proferida pelo Tribunal Pleno do STJD do Futebol no Processo 273/2013, em que figurou como denunciado o Betim Esporte Clube (BEC).

No caso em tela, o Comitê Disciplinar da Fifa após todo o seu procedimento interno, proferiu decisão em 10.04.2013, determinando que o BEC, quitasse uma dívida com o clube boliviano “Club The Strongest”, relativa à contratação do atleta Pablo Daniel Escobar.

Diante do não pagamento da dívida, em 16.10.2013, o órgão judicante da Fifa puniu o clube brasileiro por infração ao item 64 do Código Disciplinar da Fifa, com a perda de seis pontos, em razão do não cumprimento de sua decisão anterior.

Nesse sentido, a Fifa emitiu ordem para que a CBF cumprisse a determinação de seu órgão, subtraindo a referida pontuação do clube a ela vinculado. A CBF, acatando, então, a ordem da entidade internacional como estabelece o Estatuto da Fifa, deduziu seis pontos do BEC no Campeonato Brasileiro da Série “C” de 2013.

Após a aplicação da penalidade e sua conseqüente exclusão da competição, o clube recorreu ao Judiciário brasileiro,¹ no intuito de obter decisão liminar e evitar a efetivação de sua punição com a perda de pontos.

Assim, foi denunciado pela da Procuradoria de Justiça Desportiva como incurso nos arts. 231 e 191, II, do CBJD e item 64 do Código Disciplinar da Fifa. Após julgamento dos recursos pertinentes, o Tribunal Pleno do STJD proferiu decisão aplicando ao clube (i) multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) por infração ao art. 231; (ii) multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) por infração ao art. 191, II, e (iii) rebaixamento para Série “D” do Campeonato Brasileiro de 2014 por infração ao item 64 do Código Disciplinar da Fifa.

1. 4.ª Vara Cível da Comarca de Betim/MG – Autos 0027.13.032062-8.

2. COMENTÁRIOS

Primeiramente cumpre ressaltar que como houve, em território brasileiro, ato da entidade nacional de administração do desporto – CBF e de clube, além da subtração de pontos ter ocorrido competição de âmbito nacional, compete ao STJD a análise destes fatos, como estampado no art. 26 do CBJD:

"Art. 26. Compete às Comissões Disciplinares do STJD:

I – processar e julgar as ocorrências em competições interestaduais e nacionais promovidas, organizadas ou autorizadas por entidade nacional de administração do desporto, e em partidas ou competições internacionais amistosas disputadas por entidades de prática desportiva;

II – processar e julgar o descumprimento de resoluções, decisões ou deliberações do STJD ou infrações praticadas contra seus membros, por parte de pessoas naturais ou jurídicas mencionadas no art. 1.º, § 1.º, deste Código;

III – declarar os impedimentos de seus auditores."

Assim, a Procuradoria de Justiça Desportiva agiu em conformidade com suas atribuições² ao analisar os fatos e oferecer denúncia contra o BEC, visando a sua responsabilização por violação às normas desportivas nacionais e internacionais.

A legislação federal recepciona a *lex sportiva* (regras transnacionais relativas ao desporto) através do art. 1.º, § 1.º,³ da Lei 9.615/1998 e, portanto, reconhece a legitimidade das regras Fifa, enquanto entidade máxima do futebol mundial, para regulamentar o esporte e as obrigações daquelas entidades a ela filiadas. Ou seja, é a própria *soberania nacional* que reconhece a aplicabilidade da regra internacional no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, o clube está obrigado a seguir as decisões da entidade superior do futebol em razão dos itens 13 – 'a' e 69 do Estatuto da Fifa:

"13 Obrigações dos Membros

1. Os membros terão as seguintes obrigações:

a) seguir integralmente os estatutos, regulamentos, diretrizes e decisões dos órgãos da Fifa a qualquer momento, assim como as decisões das Cortes de Arbitragem Esportiva (COE) aprovada por recurso com base no art. 66, § 1.º, dos Estatutos da Fifa;

69 Princípio

1. As Confederações, filiados e Ligas devem cumprir integralmente todas as decisões aprovadas pelos órgãos competentes da Fifa, que, segundo estes estatutos, são definitivas e não estão sujeitas a recurso.

2. Elas devem tomar todas as precauções necessárias para garantir que seus próprios filiados, jogadores e dirigentes cumpram estas decisões".

Sobre essa vinculação e a obrigação de seguir o que a entidade internacional determina, ensina Marcilio Krieger:

"Referente ao futebol, temos que a propriedade das regras do jogo é do *International Board*, que delegou à Fifa a sua difusão e interpretação em todo o mundo. A Fifa por sua vez reconhece em cada país apenas

2. "Art. 21. A Procuradoria da Justiça Desportiva destina-se a promover a responsabilidade das pessoas naturais ou jurídicas que violarem as disposições deste Código, exercida por procuradores nomeados pelo respectivo Tribunal (STJD ou TJD), aos quais compete:

I – oferecer denúncia, nos casos previstos em lei ou neste Código; (...)."

3. "Art. 1.º O desporto brasileiro abrange práticas formais e não formais e obedece às normas gerais desta lei, inspirado nos fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito.

§ 1.º A prática desportiva formal é regulada por normas nacionais e internacionais e pelas regras de prática desportiva de cada modalidade, aceitas pelas respectivas entidades nacionais de administração do desporto."

uma entidade de direção nacional, condicionando esta filiação à rigorosa observância de suas normas e regras. No Brasil, essa entidade é a CBF, que aceita a filiação de federações estaduais e clubes desde que aceitem cumprir e fazer cumprir aquelas normas e regras e, também, as da própria CBF. Quem não aceitar tal imposição, ou deixar de cumprir, sofre o risco de ser desligado do sistema federado do futebol. Ocorrendo a desfiliação, todos os clubes são advertidos de que estão impedidos de jogar contra o punido, sob pena de serem, também, desfiliaados".⁴

Não bastasse o regramento internacional, o Estatuto da CBF, em seu art. 1.º, § 2.º, também dispõe claramente sobre a obrigatoriedade, para clubes, federações e atletas, de obedecerem às determinações da Fifa: "§ 2.º Todos os membros, órgãos e integrantes da CBF, assim como clubes, atletas, árbitros, treinadores, médicos e outros dirigentes pertencentes a clubes ou ligas das federações filiadas devem observar e fazer cumprir no Brasil os Estatutos, regulamentos, diretrizes, decisões e o Código de Ética da Fédération Internationale de Football Association – Fifa e da Confederación Sudamericana de Futbol – Conmebol".

Tal imposição, também se encontra prevista no "Regulamento Geral das Competições da CBF":

"Art. 3.º As seguintes normativas abaixo identificadas deverão ser consideradas para todas as competições, sem prejuízo da legislação aplicável.

I) As regras de jogo, definidas pela International Football Association Board;

II) Os normativos da Fifa;

III) Os normativos da CBF;

IV) O Código Brasileiro de Justiça Desportiva – CBJD".

Assim, resta claro que a CBF tinha obrigação de implementar ou efetivar a penalidade⁵ em razão da decisão emanada pelo Comitê Disciplinar da Fifa, bem como o BEC tinha de cumpri-la.

No que tange à denúncia por violação ao art. 191, II, do CBJD, esse estabelece em seu tipo, que configura infração deixar de cumprir ou dificultar o cumprimento de "deliberação, resolução, determinação, exigência, requisição ou qualquer ato normativo ou administrativo do CNE ou de entidade de administração do esporte a que estiver filiado ou vinculado". A pena é a multa de R\$ 100,00 (cem reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

A respeito do tipo previsto no art. 191, ensina Felipe Bevilacqua de Souza:

"Além das penalidades previstas na própria legislação, o infrator está sujeito às penalidades administrativas emanadas pelos órgãos competentes da Justiça Desportiva – STJD – quando também violar o Código Brasileiro de Justiça Desportiva.

Como o tipo tem como finalidade punir suposta desobediência ao comando legal, cada caso deve ser analisado em concreto, levando em consideração todas as suas particularidades para que se possa concluir pela condenação do infrator"⁶

Conforme já demonstrado, em virtude dos Estatutos nacional e internacional e da recepção da norma transnacional pela Lei Pelé, o clube tinha como obrigação cumprir a penalidade imposta pelo Comitê Disciplinar da Fifa. Ao ingressar na Justiça comum visando obter liminar para o não cumprimento da decisão, incorreu na infração descrita no art. 191, II, sendo corretamente punido pelo STJD.

Já o art. 231 do CBJD dispõe que:

4. KRIEGER, Marcílio. A Fifa e o direito desportivo brasileiro. *RBDD*. vol.4. n. 8. p. 52. São Paulo: IOB, jul.-dez. 2005..

5. Em ofício da Fifa dirigido à CBF em 16.10.2013, esta determinou: "As a member of Fifa your association is responsible for implementing the decision, as stated in point 6 of the decision of the Fifa Disciplinary Committee".

6. SOUZA, Felipe Bevilacqua de. In: GRAICHE, Ricardo (Coord.). *Código Brasileiro de Justiça Desportiva: comentários – artigo por artigo*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 263-264.

"Art. 231. Pleitear, antes de esgotadas todas as instâncias da Justiça Desportiva, matéria referente à disciplina e competições perante o Poder Judiciário, ou beneficiar-se de medidas obtidas pelos mesmos meios por terceiro. Pena: exclusão do campeonato ou torneio que estiver disputando e multa de R\$ 100,00 (cem reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais)".

A Fifa no art. 66 e ss. de seu Estatuto prevê o reconhecimento pelas Confederações, membros e ligas, do TAS como órgão judicial independente, proibindo expressamente a busca da Justiça comum para a solução de litígios, a não ser que haja alguma exceção prevista:

"66 Tribunal Arbitral do Esporte

1. A Fifa reconhece o Tribunal Arbitral do Esporte (TAS) independente com sede em Lausanne (Suíça) para intermediar disputas entre a membros da Fifa, Confederações, Ligas, Clubes, Jogadores, Oficiais e agentes licenciados de partidas e de jogadores.

2. As disposições do Código TAS de Arbitragem relacionada a esportes utilizará os seguintes procedimentos. O TAS inicialmente utilizará os diversos regulamentos da Fifa e, adicionalmente, a Lei Suíça.

67 Jurisdição do TAS

1. Os recursos contra decisões finais aprovadas pelos órgãos jurídicos da Fifa e contra as decisões aprovadas pelas Confederações, Membros ou Ligas serão apresentadas para o TAS em até 21 dias após a notificação da decisão em questão. 2. O recurso para o TAS poderá ser feito apenas quando todos os canais internos tiverem sido usados".

O Estatuto prevê ainda, que as associações nacionais, como a CBF, devem inserir tal previsão, proibindo o acesso à Justiça comum em casos gerais e definindo a jurisdição do tribunal arbitral.

Assim, no caso em questão, em consonância com o item 67 do Estatuto da Fifa, para esgotar a instância desportiva, considerando o TAS como órgão recursal, o BEC deveria apresentar recurso contra a decisão proferida pelo Comitê Disciplinar da Fifa a este órgão.

Conforme o ensinamento de Paulo Marcos Schmitt, "o Tribunal Arbitral do Esporte (TAS/CAS), conforme previsão em norma internacional da respectiva modalidade esportiva (como no caso do futebol), é a última instância da Justiça Desportiva".⁷

Como se pode observar do acórdão, foi apresentada pelo BEC uma Apelação ao TAS, porém, por falta de pagamento de custas o procedimento foi arquivado, não havendo a formação do painel de árbitros⁸ (a arbitragem não avaliou o mérito da questão).

Quando da aplicação da punição pela CBF, o BEC, então, ingressou com medida na Justiça comum brasileira no intuito de obter liminar para que tivesse os seis pontos restituídos no Campeonato Brasileiro da Série "C" de 2013, além de discutir o mérito do caso.

Assim, restou claro que o clube não esgotou a instância esportiva internacional, desrespeitando aos Estatutos da CBF e da Fifa, pelo que correta também a decisão do STJD neste tocante.

Em relação à aplicação do item 64 do Código Disciplinar da Fifa, como já narrado anteriormente, o clube no momento de filiação à entidade nacional de administração do desporto – CBF, com prévio conheci-

7. SCHMITT, Paulo Marcos. *Direito Et Justiça Desportiva*. Disponível em: [<https://itunes.apple.com/br/book/direito-justica-desportiva/id634251949?mt=11>]. p. 80.

8. R50 Number of Arbitrators. The appeal shall be submitted to a Panel of three arbitrators, unless the Appellant establishes at the time of the statement of appeal that the parties have agreed to a Panel composed of a sole arbitrator or, in the absence of any agreement between the parties regarding the number of arbitrators, the President of the Division decides to submit the appeal to a sole arbitrator, taking into account the circumstances of the case. When two or more cases have manifestly the same object, the President of the Appeals Arbitration Division may invite the parties to agree to refer these cases to the same Panel; in the absence of agreement between the parties, the President of the Division shall decide.

mento do Estatuto, escolheu vincular-se a ela e à Fifa, aceitando as regras próprias às quais deveria se submeter. Como também já destacado, o próprio ordenamento jurídico brasileiro reconhece também a recepção da norma desportiva internacional, desde que não haja afronta à soberania nacional.

Como destacou o próprio auditor relator, "não vislumbra qualquer afronta à ordem jurídica interna e à soberania nacional, que impossibilitariam o reconhecimento da norma internacional no presente caso, a aplicação do item 64 do Código Disciplinar da Fifa é medida que se impõe". Por haver recepção e se tratar, ainda, de descumprimento de medida imposta pela própria Fifa, é dever do STJD de aplicar a norma constante do Código daquela.

Ademais, em razão do CBJD ser aplicável às mais diversas modalidades e do fato de contar o esporte com situações das mais diversas, algumas vezes as infrações nele elencadas não são suficientes para punir todos os atos não condizentes ao esporte.

Para esses casos, onde há omissão ou lacunas pelo CBJD, aplica-se o art. 283:

"Art. 283. Os casos omissos e as lacunas deste Código serão resolvidos com a adoção dos princípios gerais de direito, dos princípios que regem este Código e das normas internacionais aceitas em cada modalidade, vedadas, na definição e qualificação de infrações, as decisões por analogia e a aplicação subsidiária de legislação não desportiva".

Como no caso em tela, não havia nenhum tipo de punição específica para o ato do clube, que não seria punido em face da liminar obtida perante o Judiciário brasileiro, correta a aplicação da norma internacional pelo STJD. Há outros casos, em que houve punição dos clubes com base no Código Disciplinar da Fifa:

"Por unanimidade de votos, afastadas as preliminares de cerceamento de defesa, nulidade da decisão e a tese da procuradoria de julgamento *extra petita*; se conheceu dos recursos, para no mérito, por maioria, dar parcial provimento ao recurso interposto pela Procuradoria, para aplicar a multa por R\$ 500,00 (quinhentos reais) e excluir a Associação Atlética Aparecidense da Série 'D' do Campeonato Brasileiro de 2013, dando vitória ao Tupi Football Club, com base no art. 2.º, XIV, XVII e XVIII, c/c art. 283, ambos do CBJD para aplicar o art. 69. 2 do Código da Fifa, divergindo Dr. Auditor Gabriel Marciliano Junior que aplicava o art. 205, caput, do CBJD; manter a absolvição aplicada ao árbitro Arilson Bispo da Anunciação quanto a imputação ao art. 261 A, § 1.º, V, do CBJD e, manter a multa por R\$ 500,00 e suspensão por 24 (vinte quatro) partidas ao massagista Romildo Fonseca da Silva, por infração ao art. 243 A, parágrafo único, do CBJD sendo determinado ainda, o prazo de 7(sete) dias, sob pena das sanções previstas no art. 223 do CBJD.⁹ [destacamos]

Após o relatório, por maioria de votos, foi deferido o pedido de intervenção de terceiro do Joinville EC, contra os votos do presidente e do relator que indeferiram o pedido, com fulcro no art. 55 do CBJD. Insta ressaltar, que, não estavam presentes os representantes do já mencionado clube.

(...)

aplicar a perda de 08 (oito) mandos de campo ao CR Vasco da Gama mais a multa de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), sendo, quatro mandos de campo em portões fechados, por infração ao art. 213, I, §§ 1.º e 2.º, (duas vezes) n/f do art. 184, ambos do CBJD, c/c os arts. 2.º (3) e 67 do RGC da CBF, c/c arts. 7.º e 67 do Código Disciplinar da Fifa; aplicar a perda de 12 (doze) mandos de campo ao Clube Atlético Paranaense mais a pena pecuniária de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), sendo, seis mandos de campo em portões fechados, por infração ao art. 213, I, §§ 1.º e 2.º, (duas vezes) n/f do art. 184, ambos do CBJD, c/c os arts. 2.º (3) e 67 do RGC da CBF, c/c arts. 7.º e 67 do Código Disciplinar da Fifa; em ambas as decisões dos clubes, o presidente Dr. Paulo Bracks, aplicava a pena para que todos os jogos sejam realizados de portões fechados; por maioria de votos, multar em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) o Clube Atlético Paranaense por infração ao art. 191, I, do CBJD, contra o voto do relator que o multava em R\$ 50.000,00 e do Auditor Lucas Asfor Rocha que o absolvia; por maioria de votos, absolvido o Clube Atlético Paranaense da infração do art. 211 do CBJD, contra o voto do Auditor Marcelo Coelho que condenava em R\$ 20.000,00 (c/c o art.

9. STJD. Processo 191/2013 – Recurso Voluntário.

191, I, na forma do art. 183 do CBJD), além da pena de interdição da praça de desporto. Sendo determinado o prazo de sete dias para o cumprimento da obrigação e a comprovação nos autos¹⁰ (destacamos). O item 64 da Fifa dispõe o clube será penalizado caso não quite dívida com outrem:

"64

1. Qualquer um que falhe em pagar para outra pessoa (como um jogador, técnico ou clube) ou a Fifa uma soma de dinheiro por completo ou em parte, mesmo que instruídos a fazê-lo por um órgão, comitê ou instância da Fifa ou uma decisão subsequente de apelo do COE (decisão financeira), ou qualquer um que falhe em cumprir com outra decisão (decisão não financeira) aprovada por um órgão, comitê ou instância da Fifa ou pelo COE (decisão de apelo subsequente):

(...)

c) (apenas para clubes:) será advertido e informado, no caso de inadimplência ou falha em cumprir a decisão no período estipulado, *serão deduzidos pontos ou ocorrerá o rebaixamento de divisão*. Um banimento de transferência também pode ser pronunciado; (...)" (destacamos).

No caso em tela, a Fifa puniu primeiramente o clube com a perda de pontos. Porém, após obtida a liminar e a denúncia no STJD, o clube somente foi julgado pela Justiça Desportiva definitivamente 06.02.2014, data em que o Campeonato Brasileiro da Série "C" já havia chegado ao fim e em que o BEC no jogo de volta, válido pelas quartas de final do Campeonato, realizado em 03.11.2013, perdeu pelo placar de 2 a 1 e foi eliminado da competição.

Assim, a aplicação da pena da perda de pontos seria inócua, não atingindo seus efeitos pedagógicos, optando acertadamente o STJD pela aplicação do rebaixamento de divisão.

SÉRGIO SANTOS RODRIGUES

Mestre em Direito. Conselheiro Federal da OAB por Minas Gerais. Foi Professor na Escola Superior Dom Helder Câmara e na Universidade Fumec, tendo ministrado aulas de Direito Empresarial, Direito Desportivo (graduação e Pós-graduação), Direito do Consumidor e Teoria Geral do Direito. Foi Auditor do Pleno do Tribunal de Justiça Desportiva de Futebol de Minas Gerais de 2006 a 2009. Advogado.

MARIANA ROSIGNOLI

Mestre em Direito Desportivo pela Universidad de Lleida. Pós-graduada em Relações Internacionais e Integração pela Universidad Alberto Hurtado. Membro da Comissão de Direito Desportivo da OAB/MG. Advogada.

RESULTADO – “Por unanimidade de votos, se conheceu do recurso, para no mérito, dar provimento ao recurso interposto pela Procuradoria da 3.^a Comissão Disciplinar e parcial provimento ao recurso do Betim E.C. – minorar a multa aplicada ao Betim E.C. para R\$ 15.000,00 por infração ao art. 231, mais a multa de R\$ 15.000,00 por infração ao art. 191, II, ambos do CBJD, totalizando R\$ 30.000,00 (trinta mil reais); sendo aplicada a penalidade do item 64 do Código Disciplinar da Fifa e o rebaixamento do Betim E.C. para série D do Campeonato Brasileiro de 2014 – sendo determinado o prazo de 7(sete) dias para cumprimento da obrigação, sob pena das sanções previstas no art. 223 do CBJD.”

Funcionou na defesa – na sessão realizada em 12 de dezembro de 2013 – da CBF, Dr. Sérgio Santos Rodrigues e pelo Betim E.C. Dr. Marcelo Mendes.

10. STJD. Processo 189/2013. 4.^a Comissão Disciplinar.

Requerido em Tribuna a lavratura do acórdão.”

Processo 273/2013.

Recorrentes: Procuradoria da Justiça Desportiva, Confederação Brasileira de Futebol – CBF, e Betim E.C.

RELATÓRIO E VOTO – Cuidam os autos de recursos voluntários interpostos pela Procuradoria de Justiça Desportiva, Confederação Brasileira de Futebol – CBF e Betim E. C., respectivamente, contra decisão proferida pela 3.^a Comissão Disciplinar deste e. STJD, nos autos da denúncia ofertada pela primeira recorrente em face do terceiro.

No recurso inaugural (f.), a 1.^a recorrente – a PJD –, após discorrer sobre os contornos da controvérsia e sobre os pressupostos de admissibilidade recursal, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso aviado, para que seja parcialmente reformada a decisão proferida pela 3.^a Comissão Disciplinar deste Tribunal, a fim de que o Denunciado, Betim E.C., seja condenado na pena prevista no art. 64, I, c, do Código Disciplinar da Fifa, notadamente no rebaixamento da equipe para o Campeonato Brasileiro da Série D.

Igualmente insatisfeita com o *decisum* proferido, a 2.^a recorrente, CBF, interpõe recurso voluntário, em cujas razões (f.) pleiteia a majoração das penalidades aplicadas por infração aos arts. 191, II, e 231 do CBJD e aplicação da penalidade por infração ao item 64 do Código Disciplinar da Fifa.

De igual modo, recorre voluntariamente o denunciado, ora 3.^o recorrente, Betim E.C.. Em sede de preliminar, discorre sobre a necessidade de atribuição de efeito suspensivo ao recurso, com fulcro nos arts. 147-A e 147-B, II, do CBJD. No mérito, requer seja o recurso conhecido e provido para reformar a decisão da Comissão Disciplinar nos seguintes termos, *in verbs*:

“1. Absolver o Betim E.C., com base na tese principal de esgotamento de todas as instâncias da Justiça Desportiva, diante do que preceitua o próprio art. 231 do CBJD e o art. 217, § 1.^o, da CF/1988, bem como absolva o mesmo da condenação por infração ao art. 191 do CBJD;

2. Alternativamente, que seja sobrestado o feito até a decisão final do Processo 032.062-8/2013, em trâmite perante a 4.^a Vara Civ. da Comarca de Betim/MG, diante do inequívoco exercício regular de direito;

3. Alternativamente que seja dado provimento ao presente recurso para reformar decisão *a quo*, no sentido de que a pena do art. 191 seja absorvida pelo art. 231, na forma do art. 183, todos do CBJD, com a redução de multa deste artigo;

4. Alternativamente caso este Colendo Tribunal Pleno entenda pela manutenção da condenação do recorrente por infração nos arts. 191, II, e 231 do CBJD que as multas pecuniárias sejam reduzidas para R\$ 10.000,00 (dez mil reais) cada, ou, R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) com aplicação do art. 183 do CBJD, por equiparação àquela aplicada no processo 176/2013.”

Contrarrazões apresentadas pela Confederação Brasileira de Futebol – CBF – e pelo Betim E.C., às (f.), respectivamente.

Às folhas retro, o clube procedeu a juntada de novo documentos.

Após, foram os autos remetidos à douta Procuradoria da Justiça Desportiva, que apresentou o parecer, opinando “pelo conhecimento dos recursos voluntários inter-

postos, porquanto presentes os pressupostos de sua admissibilidade, para, no mérito, e nos termos acima expostos, dar provimento integral ao interposto pela Procuradoria, reformando-se a decisão da 3.^a Comissão Disciplinar, e determinando a aplicação da penalidade do item 64 do Código Disciplinar da Fifa e rebaixamento do Betim E.C. para a série D do Campeonato Brasileiro de 2014.”

Em seguida, proferi decisão concedendo efeito suspensivo ao 3.^o recurso, na inteligência do art. 147-B, II, do CBJD.

Eis o relato essencial. Decido.

Recursos próprios, tempestivos, devidamente preparado o 3.^o, dispensado o preparo do 1.^o e 2.^o, deles conheço.

De início, antes mesmo de adentrar ao mérito dos recursos, cumpre analisar as preliminares arguidas pelo último recorrente.

Quanto à alegação de que é nulo o julgamento realizado pela instância singela, por ter ela violado a decisão do Juízo da 4.^a Vara Cível da Comarca de Betim – MG, não vislumbro a alegada nulidade, pois como bem destacou a Procuradoria de Justiça Desportiva, não há na referida decisão qualquer comando que impeça que o clube recorrente seja processado e julgado por esta Corte Desportiva.

Além disso, isso nem seria possível. Isso porque o legislador constituinte conferiu à justiça desportiva total autonomia, independência e sobretudo, competência para atuar nas lides que envolvam a prática de atividades desportivas em território nacional, conforme se extrai da dicção expressa do art. 217 da CF/1988, e, para isso, mitigou o sagrado princípio da inafastabilidade da jurisdição. Desse modo, tenho por impertinente a alegada preliminar. Por isso, a afasto.

Lado outro, em relação à preliminar de cerceamento de defesa, vejo que esta também não deve ser acolhida, pois a juntada de documentos pela CBF teve por objetivo justamente o pleno exercício da ampla defesa, princípio consagrado no art. 5.^o da Carta da República de 1988, bem como no art. 56 do CBJD, que prevê que são hábeis para provar a verdade dos fatos alegados no processo desportivo todos os meios legais de prova em direito admitidas, exatamente o que fez a CBF quando da juntada dos referidos documentos.

Diante de tais apontamentos, tenho por infundadas as preliminares arguidas, de modo que as ultrapasso, rejeitando-as.

Relativamente ao mérito dos recursos, insta salientar que consta do art. 231 do CBJD a necessidade de se esgotar todas as instâncias da Justiça Desportiva antes de se provocar o Poder Judiciário, o que não aconteceu no presente caso.

Ao compaginar os autos, observo que, quando do ajuizamento da Ação Ordinária 032.062-8/2013, em

Quadro de Quantificação

- **Evento danoso:** Demanda liminar intentada no Judiciário, antes de esgotar as instâncias desportivas, e dificuldade do cumprimento de decisão emanada pela Fifa, para retirada de pontos do time de futebol.
- **Caracterização do dano:** Tumulto processual e dificuldade de cumprimento de determinação administrativa.
- **Componentes do dano:** Multa pecuniária no valor de R\$15.000,00 para cada infração.

trâmite na 4.^a Vara Cível da Comarca de Betim/MG, ainda não havia se pronunciado definitivamente o TAS em relação ao recurso interposto pela agremiação mineira.

Dessa forma, a afronta ao art. 231 do CBJD é patente, visto que, não fosse a desídia do recorrente, posto que o recurso por ele interposto não teve seguimento devido à insuficiência de preparo, outra decisão ainda seria proferida pelo órgão máximo do futebol mundial, motivo pelo qual entendo pela manutenção da condenação do clube recorrente por infração à referida norma.

De outra banda, reza o art. 191 do CBJD que aquele que deixar de cumprir, ou dificultar o cumprimento de deliberação, resolução, determinação, exigência, requisição ou qualquer ato normativo administrativo do desporto a que estiver filiado ou vinculado, será apenado com multa, que poderá ser fixada entre R\$ 100,00 a R\$ 100.000,00.

Diante de tal apontamento, verifico que a liminar concedida pelo juízo da 4.^a Vara Cível da Comarca de Betim/MG obstaculizou que a CBF desse integral cumprimento à decisão emanada pela Fifa (retirada de seis pontos da equipe no Campeonato Brasileiro da Série C), razão pela qual também mantenho a condenação do Betim E.C. por infração ao art. 191 do CBJD.

Nada obstante, atento aos princípios da equidade e razoabilidade, que são peculiares da atividade judicante, e, considerando que o denunciado, ora 3.^o recorrente, disputou o Campeonato Brasileiro da Série C de 2013, que possui investimento econômico financeiro indubitavelmente inferior aos campeonatos das séries A e B, ei por bem em reformar o acórdão objurgado em relação às multas impostas, diminuindo-as para o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) cada.

Quanto à irresignação do primeiro e segundo recorrentes, no sentido de que deve ser reformado o acórdão objurgado, a fim de que se aplique o item 64 do Código Disciplinar da Fifa à espécie, com o rebaixamento do denunciado para o Campeonato Brasileiro da Série D, concluo pelo seu acolhimento.

Explico. Ao se filiar à CBF e, conseqüentemente, à Fifa, o Betim E.C. se curvou inteiramente às regras próprias internacionais que regem a atividade por ele desempenhada, notadamente o Código Disciplinar da Fifa. Regras estas que, conforme permissivo do art. 1.^o, § 1.^o, da Lei 9.615/1998 – Lei Pelé, são perfeitamente aplicáveis no território nacional, desde que não haja afronta às normas jurídicas internas.

Sobre o tema, precisa lição de Álvaro Mello Filho. Vejamos:

“Os entes desportivos estão aptos à busca de fórmulas capazes de resolver seus problemas, enriquecendo a convivência e proporcionando à sociedade desportiva ideias criativas e soluções inovadoras mais adequadas às peculiaridades de sua conformação jurídica (organização) e de sua atuação (funcionamento), desde que se respeitem os limites da legislação desportiva nacional e se resguardem os parâmetros das entidades desportivas internacionais”.

Desse modo, não vislumbrada qualquer afronta à ordem jurídica interna e à soberania nacional, que impossibilitariam o reconhecimento da norma internacional no presente caso, a aplicação do item 64 do Código Disciplinar da Fifa é medida que se impõe.

Por outro lado, ressalto que, diferente do que arguido pelo i. Condutor do feito na instância singular, a punição aplicada ao clube mineiro pelo TAS em nada se confunde

com a punição de caráter trabalhista consagrada na *lex fundamentalis*, por meio da EC 45/2004, eis que os objetos tutelados pela Justiça do Trabalho e pela Justiça Desportiva não se confundem.

Nem tampouco restaria caracterizada dupla punição em virtude de um mesmo fato, como sustentou, *data máxima vênia*, equivocadamente, o relator do feito em 1.^a instância, pois o que se terá, na verdade, é materialização da decisão proferida pela Fifa, que deve se fazer cumprir, sob pena de ofensa aos princípios e normas regentes do processo desportivo brasileiro.

Em casos envolvendo decisões proferidas pela Fifa¹¹, já se destacou que “No art. 13, quando estabelece as obrigações de suas filiadas, o mencionado Estatuto da Fifa dispõe ser obrigatória, a qualquer tempo, a observância de seus estatutos, regulamentos, diretrizes e decisões dela emanadas, bem como a garantia de cumprimento das decisões proferidas pela Court or Arbitration for Spor (CAS), prolatadas com base no art. 60, § 1.º, do Estatuto”.

Ressalto, ainda, que a aplicação da norma em comento, constante do Código Disciplinar da Fifa, decorre, sobretudo, do fato de que se está a cuidar de descumprimento de decisão da própria Entidade Mundial, por isso a excepcionalidade de caso em relação ao cabimento do dispositivo.

Ademais disso, impende ressaltar que consta do autos que o Denunciado foi eliminado do Campeonato Brasileiro da Série C 2013 e, no caso de manutenção da punição da perda de 6 (seis) pontos, esta se tornaria ineficaz, pelo que se extrai do princípio da impossibilidade material, motivo pelo qual entendo pelo rebaixamento do Betim E.C. ao Campeonato Brasileiro da Série D.

Diante do exposto, conheço dos recursos manejados, dando provimento ao primeiro, parcial provimento ao segundo e terceiro, para manter a decisão da 3.^a Comissão Disciplinar deste Tribunal, quanto à condenação do Betim E.C. ao pagamento de multa por infringência aos arts. 191 e 231, do CBJD, porém reformá-lo em relação ao valor das multas aplicadas, que somadas chegaram ao valor de R\$ 30.000,00, bem como quanto à aplicação do item 64 do Código da Fifa, determinando o rebaixamento da equipe ao Campeonato Brasileiro da Série D de 2014.

É como voto.

Goiânia, 03 de fevereiro de 2014 – Miguel Ângelo Cançado, Auditor do STJD.

11. Processo 241/2007, rel. Caio Cesar Vieira Rocha.

The background features a light gray gradient with several overlapping, semi-transparent circles of varying shades. A dense pattern of fine, light gray lines radiates from the bottom left towards the top right, creating a sense of depth and movement.

Trabalho Forense



A INTERPRETAÇÃO DE DOIS INSTRUMENTOS NORMATIVOS DA JUSTIÇA DESPORTIVA.

O CASO EMBLEMÁTICO DA CBF EM RELAÇÃO À SOCIEDADE PORTUGUESA DE DESPORTOS

ADA PELLEGRINI GRINOVER

Professora titular de Direito Processual
da Faculdade de Direito da USP.

ÁREA DO DIREITO: Processual, Civil, Desportivo

SUMÁRIO: I. Ilegitimidade ativa do Ministério Público e falta de representatividade adequada: 1. Da ilegitimidade; 2. Da falta de "representatividade adequada" – II. Da falta de nexo causal: 1. A existência de nexo causal como pressuposto para a legitimidade *ad causam*; 2. Responsabilidade civil e nexos de causalidade – III. Os fatos narrados na inicial e a falta de nexo causal entre a conduta da CBF e os alegados danos aos torcedores: 1. A autonomia e independência da Justiça Desportiva; 2. A obrigatoriedade do cumprimento pela CBF das determinações da Justiça Desportiva e a divulgação das decisões dessa Corte; 3. Quanto ao tema da forma de publicidade do julgamento proferido do STJD; 4. Quanto à divulgação do resultado do julgamento pela CBF. Afastamento da relação de consumo – IV. Consequência: a ilegitimidade passiva da CBF – V. A falta de homogeneidade dos direitos individuais no caso concreto: 1. Os interesses individuais homogêneos; 2. A regra 23 das Federal Rules; 3. Requisitos específicos da "class action for damages": a "prevalência" das questões comuns e a "superioridade" da tutela coletiva; 4. Alguns exemplos de decisões norte-americanas; 5. Os requisitos da tutela dos interesses individuais homogêneos no sistema brasileiro: a origem comum e a homogeneidade; 6. Homogeneidade e prevalência dos interesses comuns. A possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir; 7. Superioridade (*rectius*, eficácia) da tutela coletiva e interesse de agir; 8. Técnica processual e efetividade do processo: a eficácia e a justiça das decisões; 9. Aplicabilidade dos requisitos de "prevalência" e "superioridade" (ou eficácia) à ação civil pública reparatória dos danos individualmente sofridos; 10. A heterogeneidade dos direitos individuais defendidos no caso concreto – VI. Da impossibilidade de cumular pedidos de reparação de danos morais difusos e individuais homogêneos e da impossibilidade de pleitear indenização por danos morais coletivos para titulares de direitos individuais homogêneos: 1. Impossibilidade de cumulação de danos morais coletivos por direitos difusos e individuais homogêneos; 2. Impossibilidade de dano moral coletivo nos direitos individuais homogêneos – VII. Da indenização por danos morais coletivos. Falta de indicação da causa de pedir e de fundamento razoável para o cálculo. Infringência aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade: 1. Em relação ao dano moral difuso, em primeiro lugar há que se observar que o Ministério Público não fundamenta o pedido claramente nos fatos que teriam

ocasionado o referido dano; 2. Os critérios para quantificação do dano moral; 3. Falta de critério e desarrazoabilidade do montante pleiteado a título de reparação pelo dano moral difuso – VIII. A condenação genérica relativa a direitos individuais homogêneos e os supostos danos materiais a torcedor espectador das partidas envolvendo as equipes condenadas pela Justiça Desportiva: 1. A natureza dos danos pleiteados e seu montante; 2. A ausência de nexos de causalidade ente a conduta da CBF e o pedido de ressarcimento aos torcedores espectadores; 3. Inexistência de dano a ser reparado – IX. Conclusões finais.

Honra-me a Confederação Brasileira de Futebol – CBF, por seu eminente advogado, Dr. Carlos Miguel Castex Aidar, apresentando consulta e pedido de parecer acerca da ACP proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da CBF e do Superior Tribunal de Justiça Desportiva – STJD, Promotoria de Justiça do Consumidor da Capital, sob o n. 1014580-24.2014.8.26.0100, que por conexão tramita perante a 42.^a Vara Cível do Foro Central de São Paulo, com pedido liminar de antecipação de tutela negado pelo juízo de primeira instância.

Relata a Consulente que em 06.12.2013 o jogador Héverton Coutinho Alves, da Associação Portuguesa de Desportos, foi julgado pela 4.^a Comissão Disciplinar do STJD e apenado com suspensão de dois jogos por infringir o disposto no art. 258 do Código Brasileiro de Justiça Desportiva; na mesma sessão o jogador André Clarindo Santos, do Clube de Regatas do Flamengo, foi igualmente julgado e apenado com suspensão de dois jogos por infringir o disposto no mesmo artigo do CBJD.

Nos termos do disposto no art. 133 do CBJD¹ as decisões do STJD entraram em vigor imediatamente, mas, não obstante isso, também foram divulgadas no sítio eletrônico da Consulente, CBF, em 09.12.2013.

Nesse ínterim, na data de 08.12.2013 o jogador da Associação Portuguesa de Desportos foi escalado e efetivamente jogou a partida contra o Grêmio Futebol Portoalegrense, bem como o jogador do Clube de Regatas do Flamengo foi escalado e jogou a partida contra o Esporte Clube Cruzeiro na data de 07.12. 2013.

Ambos os clubes foram denunciados pela Procuradoria do STJD por descumprimento às referidas decisões do STJD que suspendiam os jogadores, e condenados, ambos, em 16.12.2013, pela 1.^a Comissão Disciplinar do STJD, com base no art.

1. Art. 133. Proclamado o resultado do julgamento, a decisão produzirá efeitos imediatamente, independentemente de publicação ou da presença das partes ou de seus procuradores, desde que regularmente intimados para a sessão de julgamento, salvo na hipótese de decisão condenatória, cujos efeitos produzirão a partir do dia seguinte à proclamação (Redação dada pela Res. CNE 29/2009).
Parágrafo único. Nenhum ato administrativo poderá afetar as decisões proferidas pelos órgãos da Justiça Desportiva. (Incluído pela Res. CNE 11/2006 e Res. CNE 13/2006).

214, § 4.º, do CBJD, à perda de quatro pontos na classificação do Campeonato Brasileiro de Futebol, bem como pagamento de multa pecuniária. Essa condenação foi disponibilizada no sítio eletrônico da CBF em 17.12.2013.

Da decisão de perda de pontos recorreram as agremiações ao Pleno do STJD, que na sessão de 27.12.2013 manteve as condenações e as consequentes perdas de pontos das equipes no Campeonato Brasileiro de Futebol. A divulgação dessa decisão deu-se no sítio eletrônico da CBF na mesma data do julgamento.

As perdas de pontos decorrentes das condenações das equipes pelo STJD gerou alteração na classificação final do Campeonato Brasileiro de Futebol de 2013, ocasionando o rebaixamento da Associação Portuguesa de Desportos para a Série B do Campeonato de 2014, ao invés do Fluminense Football Club, que antes da condenação e perda de pontos da primeira seria a equipe rebaixada.

A partir do rebaixamento da Associação Portuguesa de Desportos, em função da condenação do STJD que gerou a perda de pontos da equipe, iniciou-se um movimento em todo o país de intensa judicialização das decisões da Justiça Desportiva, especialmente nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro.²

Tais demandas visam, em síntese, (i) a anulação da decisão do STJD que ocasionou a perda de pontos da Associação Portuguesa de Desportos; e, por consequência, (ii) a alteração do resultado final do Campeonato Brasileiro de Futebol de 2013, para manter essa equipe na Série A do Campeonato de 2014, e, em decorrência, promover o rebaixamento do Fluminense Football Club para a Série B.

Tais pretensões, cada uma ao seu modo, foram judicializadas em diversas cidades dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, sobretudo mediante ações individuais de torcedores da Associação Portuguesa de Desportos e do Clube de Regatas do Flamengo, bem como por meio de ações civis públicas em defesa de direitos transindividuais dos torcedores.

Em praticamente todas essas demandas invoca-se a existência de relação de consumo como justificativa para a aplicação do Estatuto do Torcedor – Lei Federal 10.761/2003 – e seus arts. 34, 35 e 36, segundo os quais seria indispensável a publicação – e não a intimação na sessão de julgamento do STJD – da decisão condenatória para que essa tivesse eficácia e validade. Assim, segundo esse raciocínio, os jogadores não estariam cumprindo pena de suspensão nos jogos em que atuaram, uma vez que, embora já condenados, a publicação da condenação no sítio eletrônico da CBF se deu após a realização das partidas.

Mesmo com todas as demandas, individuais e coletivas, propostas com o fito de anular a decisão do STJD e o consequente rebaixamento da Associação Portuguesa de Desportos, nas quais houve, em algumas, decisões liminares a favor de tais plei-

2. Registra-se que há ação individual de torcedor proposta no Poder Judiciário do Rio Grande do Sul.

tos, atualmente não está em vigência nenhuma decisão liminar que anule o julgamento da Justiça Desportiva; pelo contrário, está hígida a decisão de rebaixamento da Associação Portuguesa de Desportes.

Também não há, até o momento, nenhuma sentença de mérito nas ações ajuizadas.

A proliferação de demandas em diversas comarcas, unidas pela conexão e o risco de decisões contraditórias, fez com que fossem suscitados dois Conflitos de Competência perante o STJ, respectivamente, CComp 132.402/SP, e CComp 132.438/RJ. Trata-se de conflitos positivos, uma vez que tanto a Justiça Estadual de São Paulo quanto a do Rio de Janeiro se deram por competentes para o julgamento dos diversos feitos ajuizados. A Relatoria do eminente Min. Sidnei Beneti determinou a fixação da competência no Juízo da 2.^a Vara Regional da Barra da Tijuca, Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, pois “tem-se por certo que o primeiro acionamento ocorreu perante a 2.^a Vara Cível, que, por isso, resulta preventivo para os demais acionamentos”; e “porque no seu território sedia a CBF” (transcrição do voto do eminente Ministro).

Dentre as inúmeras demandas ajuizadas visando à anulação da condenação imposta pelo STJD que gerou o rebaixamento da Associação Portuguesa de Desportes encontra-se a Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, Promotoria de Justiça do Consumidor da Capital, acima indicada, à qual se dirige, exclusivamente a presente consulta. Passa-se a analisá-la em seus fundamentos fáticos e jurídicos, destacando os seus pedidos, para então enfrentar os quesitos e finalmente o desenvolvimento do Parecer.

A ação civil pública, proposta em defesa dos consumidores, é baseada nos mesmos fatos acima relatados e na decisão do STJD que promoveu o rebaixamento da Associação Portuguesa de Desportes à Série B do Campeonato Brasileiro de Futebol de 2014, tendo como fulcro na suposta tutela de direitos sociais.

Segundo o Ministério Público do Estado de São Paulo, a Constituição Federal vigente estabelece, nos dispositivos relativos à ordem econômica, a defesa do consumidor – art. 170, V –, e nos dispositivos relativos à ordem social, a promoção do desporto – arts. 205 e ss. Para o fomento desse último, a Constituição atribui competência à Justiça Desportiva, a qual, obviamente, não está imune ao controle de seus atos pelo Poder Judiciário – art. 5.º, XXXV, da CF/1988.

Para dar efetividade a esse mandamento constitucional foi promulgada a Lei 9.615/1998, que corrobora o desporto como um direito social.

Sem perder a natureza de direito social, a exploração e a gestão do desporto profissional caracterizam-se como atividade econômica, e, portanto, se submetem às normas de defesa do consumidor, uma vez que existe a configuração de relação de consumo.

Nesse sentido, os torcedores se caracterizam como consumidores finais do desporto profissional, aplicando-se a tais relações o Código de Defesa do Consumidor,

Lei 8.078/1990, bem como o Estatuto do Torcedor, Lei 10.671/2003. Segundo a inicial do Ministério Público, “Sabendo-se que a lei em questão [Código de Defesa do Consumidor] define consumidor como a pessoa que adquire ou se utiliza de um serviço, assim entendido como qualquer atividade remunerada lançada no mercado, e que os torcedores pagam ingressos para assistirem jogos profissionais de futebol, torna-se indiscutível que, nessas situações, há relação de consumo, aplicando-se o Código de Proteção e Defesa do Consumidor”.

E, por equiparação, o espectador pagante, por qualquer meio, seria equiparado à categoria de consumidor, nos termos do art. 42, § 3.º, da Lei 9.615/1998.

Em suma, segundo a inicial, “Para os fins de futebol profissional, o torcedor é considerado consumidor, ainda mais quando vier a despende recursos em prol das entidades que organizam o evento esportivo ou os clubes diretamente envolvidos, mediante pagamento de ingressos ou por pagamento do serviço de transmissão audiovisual das partidas”.

Por se tratar de direito transindividual, a relação de consumo que se estabelece entre torcedor e fornecedor poderá ser protegida pelos instrumentos processuais de tutela coletiva – como aliás expressamente prevê o art. 40 do Estatuto do Torcedor.

Segundo o Ministério Público a atuação do *Parquet* nas demandas coletivas envolvendo a tutela dos torcedores se dá em defesa de direitos difusos e coletivos, bem como em defesa de direitos individuais homogêneos, citando alguns precedentes nos quais se reconheceu a legitimidade do órgão público para situações relativas ao desporto.

Em conclusão, o Ministério Público estaria legitimado para a defesa coletiva dos torcedores dos clubes envolvidos nas condenações do STJD, na medida em que todo torcedor é também consumidor. Estaria, assim, garantida a legitimidade ativa do órgão para perseguir a decisão do STJD em prol dos torcedores das agremiações que sofreram condenações.

Quanto aos legitimados passivos, o *Parquet* ajuíza a ação civil pública em litisconsórcio passivo entre o STJD e a CBF sob os seguintes argumentos: o STJD, que é órgão autônomo e independente da entidade de administração do desporto, nos termos da Res. CNE 29/2009 – e expressamente reconhece-se na inicial essa autonomia e independência do tribunal em relação à CBF³ – foi responsável pelo julgamento que retirou os pontos da Associação Portuguesa de Desportos, ocasionando o rebaixamento do clube; já a CBF foi responsável pela publicação, em seu

3. “Como órgão que integra a organização de justiça desportiva, o Superior Tribunal de Justiça Desportiva – STJD é dotado de regimento interno, que em seu art. 1.º reafirma a autonomia e independência em relação à Confederação Brasileira de Futebol – CBF Logo, as decisões oriundas do mencionado tribunal administrativo são de responsabilidade dessa entidade, e não da Confederação Brasileira de Futebol – CBF” (f. da inicial).

sítio eletrônico, da decisão do STJD, a qual teria sido em violação a direitos básicos dos torcedores.

Quanto ao mérito propriamente dito da ação civil pública, o Ministério Público invoca um dos direitos básicos do consumidor, qual seja, o direito à informação, e sustenta sua violação, uma vez que a divulgação ao público torcedor das decisões que puniram os atletas com suspensão de dois jogos, no sítio eletrônico da CBF, se deu após a primeira partida, e portanto não poderia o STJD ter retirado os pontos das equipes, já que sem a divulgação aos torcedores não haveria proibição para que os atletas atuassem.

Em apertada síntese, a ação civil pública invoca, no mérito, a mesma tese que é reproduzida por todas as demais ações que atacam o rebaixamento da Associação Portuguesa de Desportos, qual seja, a prevalência dos arts. 34, 35 e 36 da Lei Federal 10.761/2003, segundo os quais seria indispensável a publicação da decisão para que esta passasse a produzir efeitos, e o conseqüente afastamento da incidência do art. 133 do CBJD que prevê a vigência da punição imediatamente, quando proferida em audiência. Enfim, diante do suposto conflito de normas, haveria de prevalecer a lei federal sobre uma norma de natureza administrativa, em função da teoria da hierarquia das normas.

Segundo o Ministério Público, a publicação tardia da punição dos atletas violaria o direito à informação prévia e adequada aos torcedores, e a boa-fé objetiva que deve marcar as relações de consumo. O comportamento das rés configuraria, portanto, *error in procedendo*, autorizando assim a intervenção do Poder Judiciário no controle e correção da atividade administrativa realizada pela Justiça Desportiva.

A conduta acima descrita teria, ainda segundo o Ministério Público, gerado danos de diversas naturezas aos consumidores-torcedores: (a) dano moral difuso a todos os torcedores, o qual não fica claro na inicial do que derivaria; (b) dano material e moral individual homogêneo, decorrente das despesas custeadas pelos torcedores, seja para assistir às partidas nos estádios, seja pela transmissão via *pay-per-view*, e como indenização à frustração da expectativa legítima quanto aos resultados dos jogos do Campeonato Brasileiro de Futebol, bem como ao “sofrimento suportado pelo torcedor, por saber que o ‘time do coração’ tinha perdido os pontos na última rodada do campeonato”.

Em relação ao dano moral difuso, o pedido fixa o montante em R\$ 56.000.000,00 (cinquenta e seis milhões de reais) a partir de uma estimativa baseada nos valores médios pagos pela Rede Globo de Televisão aos clubes envolvidos nos fatos, em função dos direitos de transmissão dos jogos do Campeonato Brasileiro de Futebol.

Quanto à indenização individual homogênea dos danos materiais e morais dos torcedores, o Ministério Público requer a condenação genérica, nos termos do art. 95 do CDC, para posterior liquidação.

Por fim, expostos os fatos e fundamentos jurídicos, deduz, em síntese, os seguintes pedidos de tutela jurisdicional: (a) Determinação para que a CBF seja compelida a restabelecer os pontos retirados da Associação Portuguesa de Desportos e do Clube de Regatas do Flamengo, com a consequente manutenção da primeira na Série A do Campeonato Brasileiro de Futebol de 2014, sob pena de multa diária de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Esse pleito foi requerido em sede de antecipação de tutela, e não foi acolhido pelo juiz de primeiro grau; atualmente encontra-se em fase recursal; (b) Indisponibilidade parcial dos ativos dos réus e seus dirigentes. Esse pleito foi requerido em sede liminar, e tampouco foi acolhido pelo juiz de primeiro grau; (c) Decretação de nulidade das decisões proferidas pelo STJD que modificaram a classificação final das equipes na tabela final do Campeonato Brasileiro de Futebol de 2013; (d) Condenação da CBF para rever todos os atos de organização e administração do Campeonato Brasileiro de Futebol de 2014 de modo que a Sociedade Portuguesa de Desportos esteja incluída na Série A do Campeonato, sob pena de multa diária de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais); (e) condenação da CBF a pagar o montante de R\$ 56.000.000,00 (cinquenta e seis milhões de reais) a título de danos morais difusos; (f) condenação genérica da CBF a indenizar danos materiais individuais homogêneos referentes à: restituição em dobro dos ingressos efetivamente pagos pelos torcedores das equipes que foram prejudicadas pela perda ilegal dos pontos; e restituição em dobro dos pagamentos efetivamente realizados por conta da assinatura *pay-per-view* e assemelhados, em prol dos torcedores consumidores das equipes que foram prejudicadas.

O Ministério Público não formula pedido expresso quanto à reparação dos danos morais coletivos a título de direitos individuais homogêneos, aos quais se refere no corpo da petição inicial.

Eis a síntese da ação civil pública objeto deste Parecer, para o qual a Consulente apresenta os seguintes

QUESITOS

1. Parte dos direitos cuja proteção o Ministério Público pretende na ação são difusos ou coletivos? Por quê?
2. O Ministério Público tem legitimidade ativa e representatividade adequada para a propositura da presente demanda em relação aos interesses difusos ou coletivos?
3. Os direitos homogêneos defendidos pelo Ministério Público têm relevância social? Em caso de resposta negativa, qual a consequência?
4. Os direitos individuais defendidos pelo Ministério Público são homogêneos?
5. Em caso de resposta negativa ao quesito n. 4, qual a consequência processual?

6. Há nexos causal entre a conduta da CBF e os alegados danos provocados aos torcedores?

7. A CBF poderia descumprir as determinações da Justiça Desportiva?

8. Em caso de resposta negativa aos quesitos n. 6 e n. 7, a CBF é parte legítima para responder à ação?

9. Pode haver cumulação de pedidos de reparação por danos morais difusos ou coletivos e individuais homogêneos?

10. Existe possibilidade de reparação coletiva por danos morais individuais homogêneos?

11. A condenação por danos morais difusos requerida pelo Ministério Público tem algum fundamento indicado na inicial? E é razoável?

12. No caso em tela, há dano material a ser ressarcido aos torcedores espectadores das equipes envolvidas? Se sim, é cabível condenação em dobro por dano dessa natureza?

13. Há nexos de causalidade, e, portanto, responsabilidade civil por danos materiais, por parte da CBF, em relação aos torcedores espectadores das partidas?

PARECER

Vê-se da inicial que o Ministério Público cumula demanda em defesa de direitos difusos ou, quando muito, coletivos s.s.: pedidos (a), (b), (c), (d) e (f), e demanda em defesa de direitos individuais homogêneos – pedidos (j) e (k). No entanto esse parecer tratará às vezes dos pedidos em conjunto, e às vezes, devido às suas peculiaridades, em separado.

I. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E FALTA DE REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA

1. Da ilegitimidade

É notório que a Constituição legitima o Ministério Público às ações coletivas (que denomina ações civis públicas) no art. 129, III, assim como o faz o art. 82, I, do CDC, para a proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 81 do CDC). Mas é igualmente certo que esses dispositivos devem coadunar-se com as funções institucionais do *Parquet*, delineadas pela Constituição que, no art. 127, determina que “O Ministério Público é organização permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos *interesses sociais* e indisponíveis” (*destaquei*).

Como observou Kazuo Watanabe,⁴ “Nesse importante mister, tem papel saliente o Ministério Público, não somente em razão de sua função institucional, o que faz supor melhor preparo de seus membros, como também em virtude da efetiva liderança que vem assumindo, na prática, no ajuizamento de ações coletivas. Mas, ao mesmo tempo, é preciso evitar que o *Parquet* perca a importância de sua função institucional por eventual vedetismo de qualquer de seus membros, que faça do inquérito civil ou das ações coletivas instrumentos de sua projeção pessoal ou até mesmo de alguma pressão irrazoável ou em virtude ainda da *‘incorreta conceituação dos interesses ou direitos ‘difusos’ ou coletivos que o leve a propor demandas que veiculem interesses eminentemente privados’*” (destaquei).

E continua Watanabe:⁵ “Mas não se pode ir ao extremo de permitir que o Ministério Público tutele interesses genuinamente privados sem qualquer relevância social (como os de condôminos de um edifício de apartamentos contra o síndico ou contra terceiros, ou os de um grupo de uma sociedade contra outro grupo da mesma sociedade, a menos que esteja inequivocamente presente, por alguma razão específica, o interesse social), sob pena de amesquinamento da relevância institucional do *Parquet*, que deve estar vocacionado, por definição constitucional à ‘defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis’ (art. 127 da CF/1988)”.

Por outro lado, há bastante tempo a doutrina traçou as características essenciais dos interesses difusos e coletivos, distinguindo-os de interesses contrapostos de membros de um mesmo grupo, classe ou categoria de pessoas.

Mais uma vez, reporto-me à lúcida lição de Kazuo Watanabe, primeiro analisando os interesses difusos e coletivos:⁶ “Como ficou bem anotado nos comentários aos incs. I e II do parágrafo único do art. 81 (v. supra), tanto os interesses ou direitos difusos como os coletivos, para os efeitos do Código, devem ser ‘transindividuais de natureza indivisível’. A indivisibilidade do bem jurídico tutelando, nota mais marcante dos interesses ou direitos difusos e coletivos, *deve dizer respeito a toda a coletividade (difusos) ou a todo o grupo, categoria ou classe de pessoas (coletivos), o que significa que entidades privadas e públicas, inclusive o Ministério Público, não estão legitimadas para a tutela de interesses individuais agrupados* (exclusão feita à hipótese prevista no inc. III do mesmo dispositivo), *mormente em se tratando de interesses contrapostos de membros de um mesmo grupo, classe ou categoria de pessoas*” (destaquei).

E continua o Mestre, agora referindo-se aos direitos individuais homogêneos e à legitimação do Ministério Público:⁷ “Essa mesma interpretação deve prevalecer em rela-

4. KAZUO Watanabe, *O Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 10. ed., Rio de Janeiro:Forense, vol. 2, p. 85.

5. Idem, *ibidem*.

6. Idem, p. 86.

7. Idem, *ibidem*.

ção ao inc. III do art. 129 da CF/1988, sob pena de se transformar o Ministério Público em defensor de interesses individuais disponíveis, quando a sua atribuição institucional é mais relevante, ao que se extrai do texto dos arts. 127 e ss. da CF/1988. Em linha de princípio, somente os interesses individuais indisponíveis estão sob a proteção do *Parquet*. Foi a *relevância social da tutela a título coletivo dos interesses ou direitos individuais homogêneos* que levou o legislador a atribuir ao Ministério Público e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda molecular” (*destaquei*).

A jurisprudência tem corroborado tranquilamente as conclusões a que se chegou acima. Bastam alguns julgados para demonstrar o apoio dos Tribunais à nossa tese:

“Não tem o Ministério Público legitimidade ativa para propor ação civil pública para defesa de interesses individuais *plurimos*, que não se confundem com interesses coletivos, definidos, no Código de Defesa do Consumidor, como os transindividuais de natureza indivisível (art. 81, II)” (RSTJ 154/292, maioria) (*destaquei*).

“O Ministério Público só tem legitimidade para promover ação pública civil na defesa de interesses difusos ou coletivos, sendo-lhe vedado valer-se desse instrumento para porfiar na *defesa de direitos individuais afetos a determinado grupo*. As atribuições do Ministério Público são as previstas na Constituição ou na lei, sendo defeso ao Estado conferir-lhe outras atribuições através de Convênio” (STJ-RF 332/281, maioria) (*destaquei*).

“A defesa dos interesses de meros grupos determinados de pessoas só se pode fazer pelo Ministério Público quando isso convenha mais à *coletividade como um todo*” (JTJ 158/9) (*destaquei*).

E quanto à autorização para a defesa dos interesses individuais homogêneos pelo Ministério Público, é sempre necessária a relevância social:

“É imprescindível considerar a natureza indisponível do interesse ou direito individual homogêneo – aqueles que contenham *relevância pública, isto é, de expressão para a coletividade* – para estear a legitimação extraordinária do Ministério Público, tendo em vista a sua vocação constitucional para a defesa dos direitos fundamentais” (REsp 695.396/RS) (*destaquei*).

“O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública visando à defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis e divisíveis, quando na presença de *relevância social* objetiva do bem jurídico tutelado” (REsp 1.033.274/MS) (*destaquei*).

“O *Parquet* somente tem legitimidade para promover ação civil pública visando à defesa de direitos individuais homogêneos e disponíveis em casos restritos, quando houver *interesse público relevante*, o que não se configura na situação em tela, porquanto essa traz consequências tão somente a *um grupo específico de indivíduos*, os contribuintes que entregaram a declaração do imposto de renda sob a forma de formulário” (STJ-RJ 851/177, REsp 776.639, 1.^a T.) (*destaquei*).

Diante dessas considerações, chega-se às primeiras conclusões parciais:

“1. No caso em tela, não se trata de direitos difusos ou coletivos, porque a tutela requerida pelo Ministério Público não diz respeito à torcida brasileira como um todo, mas exclusivamente à torcida da Associação Portuguesa de Desportos. Trata-se inequivocamente de interesses contrapostos de membros de um mesmo grupo, classe ou categoria de pessoas (os torcedores em geral), pois se o time da Associação Portuguesa de Desportos for alçado à Série A do Campeonato Brasileiro de 2014, o time do Fluminense Football Club cairá para a Série B, contrariando os interesses de outros membros da coletividade de torcedores.

2. Pelas mesmas razões, não se trata de direitos individuais homogêneos, pois não pode haver homogeneidade entre direitos contrapostos, e muito menos relevância social em defender um grupo contra outro. Trata-se exclusivamente da defesa de interesses privados dos torcedores da Associação Portuguesa de Desportos, que nenhuma relevância social podem ter.

3. Consequentemente, o Ministério Público carece de legitimidade ativa para defender interesses que não são difusos, nem coletivos, nem individuais homogêneos, mas exclusivamente direitos disponíveis, sem qualquer relevância social.”

2. *Da falta de “representatividade adequada”*

Mas aqui, seja-me permitida uma digressão sobre um instituto típico do processo coletivo, ligado à legitimação: a “representatividade adequada”. Instituto próprio do direito anglo-saxão e segundo o qual a legitimação deve ser examinada no caso concreto à luz de outro elemento, que qualifica a legitimação, e que consiste na aferição, pelo juiz, caso a caso, da verdadeira “representatividade” do grupo pelo portador em juízo de seus interesses, como sua seriedade, sua capacidade de litigar, mas também a coincidência entre os interesses do grupo e os do legitimado.

Nosso ordenamento, aparentemente, rechaçou a análise pelo juiz da representatividade, sendo comum a afirmação de que a escolha recaiu na aferição da legitimação *ope legis* e não *ope judicis*.

Todavia, a questão que se coloca é a de se saber se, apesar disso, ainda cabe ao juiz brasileiro o controle da “adequada representatividade” do ente legitimado, como expressamente preveem outros sistemas que se inspiraram, nesse ponto, nas *class actions* norte-americanas.⁸ A esta questão respondi expressamente, em doutrina, com o seguinte texto:⁹

8. Sobre a *adequacy of representation*, cuja matriz é norte-americana, ver, por todos, a obra clássica de Vincenzo Vigoriti, *Interessi collettivi e processo (la legittimazione ad agire)*, Milano: Giuffrè, 1979, p. 271-283.

9. Ada Pellegrini Grinover, *Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*, RF 301/3-12.

“Todavia, problemas práticos têm surgido pelo manejo de ações coletivas por parte de associações que, embora obedecem aos requisitos legais, não apresentam a credibilidade, a seriedade, o conhecimento técnico-científico, a capacidade econômica, a possibilidade de produzir uma defesa processual válida, dados sensíveis esses que constituem as características de uma representatividade idônea e adequada. E mesmo na atuação do Ministério Público, têm aparecido casos concretos em que *os interesses defendidos pelo Parquet não coincidem com os verdadeiros valores sociais da classe* de cujos interesses ele se diz portador em juízo. Assim, embora não seja esta a regra geral, não é raro que alguns membros do Ministério Público, tomados de excessivo zelo, litiguem em juízo como *pseudo-defensores de uma categoria cujos verdadeiros interesses podem estar em contraste com o pedido*. Para casos como esse é que seria de grande valia reconhecer ao juiz o controle sobre a legitimação, em cada caso concreto, de modo a possibilitar a inadmissibilidade da ação coletiva, quando a ‘representatividade’ do legitimado se demonstrasse inadequada” (*destaquei*).

E continuei: “Quer-me parecer que o sistema brasileiro, embora não o afirme expressamente, não é avesso ao controle da representatividade adequada pelo juiz, em cada caso concreto. Um dos primeiros defensores do controle pelo juiz da representatividade adequada na ação coletiva brasileira foi Cássio Scarpinella Bueno, para que o juiz afastasse, *de lege lata*, o legitimado que não tem condições para bem representar a classe, categoria ou grupo de cujos interesses pretende ser portador em juízo”.¹⁰

Prossegui assim, no mesmo estudo:

“Seguro indício da possibilidade de se adotar essa posição são um dispositivo do próprio Código de Defesa do Consumidor, bem como a postura da jurisprudência brasileira em tema de legitimação do Ministério Público às ações em defesa dos chamados direitos individuais homogêneos. O art. 82, § 1.º, do CDC permite ao juiz dispensar a associação do requisito da pré-constituição há pelo menos um ano, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. A análise atribuída ao juiz no caso concreto, para o reconhecimento da legitimação, está muito próxima do exame da representatividade adequada, podendo-se afirmar que, *contrario sensu*, o juiz pode negar a referida legitimação, quando entender não presentes os requisitos da adequação. Por outro lado, a jurisprudência brasileira tem se firmado na posição do reconhecimento da legitimação ao Ministério Público para as ações em defesa de direitos individuais homogêneos, somente na hipótese de o juiz reco-

10. Cassio Scarpinella Bueno, *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, *RePro*, n. 82, p. 130, abr.-jun, 1996.

nhecer a relevância social dos referidos interesses”.¹¹ Este exame, que se faz caso a caso, implica a análise de algo muito próximo à representatividade adequada, dependendo do objeto da demanda ou da quantidade de pessoas envolvidas na causa.

Vê-se daí que o ordenamento brasileiro não é infenso ao controle da legitimação *ope judicis*, de modo que se pode afirmar que o modelo do direito comparado, que atribui ao juiz o controle da representatividade adequada (Estados Unidos da América, Código Modelo para Ibero-América, Uruguai, Argentina e, mais recentemente a Itália), pode ser tranquilamente adotado no Brasil, na ausência de norma impeditiva. E se, como no caso em tela, o Ministério Público não é representante adequado de toda a categoria (os torcedores como um todo), por defender os interesses de um grupo contra outro, o juiz pode também reconhecer, além da ilegitimidade, sua falta de representatividade adequada.

Chega-se assim a outra conclusão parcial:

“4. O juiz, reconhecendo a falta de ‘representatividade adequada’ do Ministério Público no caso concreto, por não atuar ele como portador em juízo dos interesses de toda a coletividade de torcedores, litigando a favor de um grupo contra outro, da mesma categoria, pode negar-lhe legitimação, também por esse motivo.”

II. DA FALTA DE NEXO CAUSAL

1. A existência de nexa causal como pressuposto para a legitimidade *ad causam*

Para se analisar a pertinência subjetiva da demanda, relacionada com a legitimidade *ad causam*, com especial destaque aqui para a corrê CBF no polo passivo da demanda, e a existência ou não da causalidade como pressuposto necessário para que ela seja acionada, faz-se necessário verificar, inicialmente, e em abstrato, o “nexo de causalidade” que se opera entre o direito material e a capacidade de estar em juízo como réu.

Dentre as assim denominadas “condições da ação” – ao lado do interesse e da possibilidade jurídica do pedido – encontra-se a “legitimação para agir” (*legitimatío ad causam*). Esta, ainda nas clássicas palavras de Liebman, corresponde à “*pertinência subjetiva da ação*, isto é, à identidade entre quem propôs e aquele que, relativamente à lesão de um direito próprio (que afirma existente), poderá pretender

11. Isto porque a Constituição Federal atribui ao Ministério Público a função institucional da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Sustenta-se, assim, que, sendo os interesses individuais homogêneos direitos individuais disponíveis, somente quando sua defesa for de interesse social é que o juiz poderá reconhecer a legitimação do Ministério Público.

para si o provimento de tutela jurisdicional pedido com referência àquele que foi chamado em juízo”. Convém lembrar as palavras do Mestre:

“Como direito de invocar a tutela jurisdicional, a ação apenas pode pertencer àquele que a invoca para si, com referência a uma relação jurídica da qual seja *possível* pretender uma razão de tutela a seu favor. Já se disse logo acima que o interesse de agir se destina a remover a lesão de um interesse substancial que se diz protegido pelo direito; ele só pode, pois, ser invocado (*fatto valere*) por aquele que se afirma titular do interesse substancial cuja tutela vem pedir em juízo”.¹²

Já antes de Liebman, Chiovenda, embora sob ângulo metodológico diverso, observara que a legitimação significa que, “para receber o juiz a demanda, não basta que repute existente o direito, mas faz-se mister que o repute pertencente àquele que o faz valer e contrário àquele contra quem se faz valer. Ou seja, que reconheça a identidade da pessoa do autor com a pessoa a quem a lei favorece (legitimação *ativa*), e a identidade da pessoa do réu com a pessoa que é contrária à vontade da lei (legitimação *passiva*).”¹³

Entre nós, mais recentemente, Donaldo Armelin definiu a legitimidade – vocábulo que preferiu a “legitimação” – como “qualidade do sujeito aferida em função de ato jurídico, realizado ou a ser praticado”.¹⁴ Daí porque, como desdobramento dessa ideia, não tem o poder de provocar o exercício da jurisdição aquele que, como lembra Cândido Dinamarco, “não tiver interesse substancial nos resultados úteis desta”.¹⁵

Nessa mesma linha de raciocínio, conforme lembra, na doutrina italiana recente, Giovanni Verde, “il problema della legittimazione, quindi, coincide com il problema dei *destinatari* del provvedimento giudiziale”.¹⁶ Desse modo, a legitimação se estabelece em relação àqueles que devem “suportar as consequências da demanda”,¹⁷ conforme fórmula empregada, entre nós, por Vicente Greco Filho, ou em relação àqueles que devem se sujeitar aos “efeitos jurídico-processuais e materiais da sentença”,¹⁸ na linguagem adotada por Arruda Alvim.

A ligação entre essa condição da ação e a relação jurídica substancial, como se percebe, é realmente estreita, levando parte da doutrina a afirmar que a verificação

12. Op. cit., p. 157-159.

13. Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, trad. J. Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, 1965, vol. I, p. 178.

14. Donaldo Armelin, *Legitimidade para agir*, São Paulo: Ed. RT, 1979, p. 11.

15. Cândido Rangel Dinamarco, *Execução civil*, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 423.

16. Giovanni Verde, *Profili del processo civile*, Napoli: Jovene Editore, 1994, p. 192.

17. Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1984, vol. I, p. 69.

18. José Manuel de Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, São Paulo: Ed. RT, 1997, vol. I, p. 337.

da legitimação ordinária é feita simplesmente a partir da relação jurídica “afirmada” pelo demandante, e não de sua efetiva existência. Nesse sentido, na doutrina italiana recente, Andrea Proto Pisani assevera que “la verifica della legittimazione ordinaria ad agire si effettua sulla base di diritto o rapporto sostanziale così come affermato dall’attore e non della sua effettiva esistenza”.¹⁹

Tais considerações são relevantes porque admitir que alguém seja parte legítima para figurar no processo é também admitir que sobre essa pessoa recaiam os ônus da litispêndência – o que, à toda evidência, ganha particular importância quando se cogita do polo passivo da relação processual. Disso se extrai que, sendo possível constatar, a partir dos elementos constantes da demanda e mesmo diante de cognição sumária, que o requerido não se amolda à figura de legitimado passivo, impõe-se – a bem dele próprio e, a rigor, do próprio Estado – sua imediata exclusão.

Nesse particular, os estreitos vínculos entre a legitimação para agir, de um lado, e a relação substancial, de outro, impõem, considerados os termos da consulta, o exame de alguns aspectos relativos ao direito material. É o que se passa a fazer.

2. Responsabilidade civil e nexo de causalidade

Consoante lição de Agostinho Alvim, em clássica página da literatura jurídica nacional, “a consideração abstrata das pessoas que podem causar dano, bem como a dos danos ou prejuízos causados, só nos conduz à ideia de dano ressarcível quando haja possibilidade de estabelecer uma relação entre certa infração, cometida por alguém, e o dano, que daí se originou”. Daí porque, lembrando Savatier, Alvim lecionou que “O dano só pode gerar responsabilidade quando seja possível estabelecer um nexo causal entre ele e o seu autor, ou, como diz Savatier, *um dano só produz responsabilidade, quando ele tenha por causa uma falta cometida ou um risco legalmente sancionado*”²⁰ (*destaquei*).

Também entre os autores clássicos brasileiros, Pontes de Miranda lembrou que “Nunca é demais acentuar-se a importância da *relação causal*, no âmbito da responsabilidade pelos fatos ilícitos absolutos”. A causalidade, prosseguiu, “não precisa ser imediata, *damage direct; o que é preciso é que, sem a, b não se produziria*. Uma vez que a lei daí partiu para a responsabilidade, tanto a causalidade imediata quanto a mediata bastam”²¹ (*destaquei*). Ou, nas palavras mais recentes, mas não menos autorizadas de Rui Stocco, “É necessário que se estabeleça uma *relação de causalidade*

19. Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene Editore, 1996, p. 321.

20. Agostinho Alvim, *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1980, p. 346-348 e 356.

21. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, Parte Especial, 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. LIV, p. 162-163.

entre a injuridicidade da ação e o mal causado, ou, na feliz expressão de Demogue, ‘é preciso esteja certo que, *sem esse fato, o dano não teria acontecido*. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; *é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria*’²² (*destaquei*).

Trata-se de requisito particularmente importante em tema de responsabilidade objetiva, vez que nela, como sabido e como lembrou Silvio Rodrigues, “desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente”. Mas, mesmo o caráter objetivo da responsabilidade civil, fundado na ideia de *risco*, não afasta a ideia de que “*Sem essa relação de causalidade não se pode conceber a obrigação de indenizar*”²³ (*destaquei*). Ou, como bem acentuou Maria Helena Diniz, na responsabilidade objetiva impõe-se fixar-se “no elemento objetivo, isto é, na relação de causalidade entre o dano e a conduta do seu causador”. Dessa forma, “A vítima deverá pura e simplesmente demonstrar o nexo de causalidade entre o dano e a ação que o produziu. Nela *não se cogita de responsabilidade indireta, de sorte que reparará o dano o agente ou a empresa exploradora*, havendo tendência de socialização dos riscos”. E mais:

“A responsabilidade civil não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a ação que o provocou (...).

O vínculo entre o prejuízo e a ação, designa-se ‘nexo causal’, de modo que *o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível*. Tal nexo representa, portanto, uma *relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa*. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que *o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido*. Este poderá não ser causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência”²⁴ (*destaquei*).

Tal é o que se verifica mesmo no âmbito das relações de consumo. Sobre isso, Zelmo Denari lembrou que “O Código distingue dois modelos de responsabilidade: por *vícios* de qualidade ou quantidade dos produtos ou serviços e por *danos* causados aos consumidores, ditos *acidentes de consumo*”. Segundo asseverou, “No âmbito das relações de consumo, os lineamentos da responsabilidade objetiva foram logo acolhidos e denominados ‘responsabilidade pelo fato do produto’: não interessava

22. Rui Stocco, *Responsabilidade civil e a sua interpretação jurisprudencial*, 2. ed., São Paulo: Ed. RT, 1995, p. 59.

23. Silvio Rodrigues, *Direito civil – Responsabilidade civil*, 6. ed., Saraiva: São Paulo: 1982, vol. IV, p. 10, 21 e 172.

24. Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil – Responsabilidade civil*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1986, vol. 7, p. 44-45 e 81.

investigar a conduta do fornecedor de bens ou serviços, mas somente *se deu causa (responsabilidade causal) ao produto ou serviço, sendo responsável pela sua colocação no mercado de consumo*". E concluiu:

"A abolição do elemento subjetivo da culpa na aferição da responsabilidade *não significa exclusão dos demais pressupostos já comentados, a saber: *eventus damni, defeito do produto, bem como relação de causalidade entre ambos**"²⁵ (destaquei).

Assim também, José Reinaldo de Lima Lopes registrou que "O avanço da teoria da responsabilidade objetiva, isto é, sem que se indague culpa do autor do dano, *não vai abolir os outros elementos da responsabilidade civil: o dano e o nexo de causalidade*". Lembrando o já aqui citado Pontes de Miranda, Lima Lopes observou que "a responsabilidade sem culpa exige um 'nexo psicofísico' que não precisa ser entre o ato e o responsável, pode ser entre o ato ou atos anteriores do responsável e o fato lesivo". Contudo, "*o dano e o nexo de causalidade persistem. Como persistem no Código de Defesa do Consumidor*"²⁶ (destaquei). É lição completada por Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Martins: "Evidentemente que, para ser imposta a reparação do dano ao fornecedor, em benefício do consumidor, *deve-se apresentar uma relação de causalidade e efeito entre o fato do produto ou do serviço (dano) e o vício*"²⁷ (destaquei).

Ainda a propósito do nexo causal, com autoridade incontestada, Cláudia Lima Marques asseverou que "no sistema do Código de Defesa do Consumidor, é necessária a existência de um *defeito* no produto e um *nexo causal entre este defeito e o dano sofrido pelo consumidor, e não só entre o dano e o produto*". Referida autora lembrou que "da aceitação de uma Teoria da Qualidade, nasceria, no sistema do Código de Defesa do Consumidor, um dever anexo para o fornecedor (uma verdadeira garantia implícita de segurança razoável, como no sistema anterior norte-americano). Este dever seria 'anexo' ao produto, *isto é, concentrado no bem e não só anexo ao contrato, por conseguinte seria um dever legal de todos os fornecedores que ajudam a introduzir (atividade de risco) o produto no mercado*". Mas ressaltou:

"Mas, no sistema do Código de Defesa do Consumidor, só haverá *violação* deste *dever*, nascendo a responsabilidade para reparar os danos, quando existir um *defeito no produto* (por influência européia). No sistema do Código de Defesa do Consumidor, *pode haver o dano e o nexo causal entre o dano e o produto (explosão de um botijão*

25. Zelmo Denari, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, 4. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1995, p. 105 e 110.

26. José Reinaldo de Lima Lopes, *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*, São Paulo: Ed. RT, 1992, vol. 3, p. 33 e 118.

27. Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Martins, *Código do Consumidor comentado*, 2. ed., São Paulo: Ed. RT, 1995, p. 170-171.

de gás), mas se não existir defeito (art. 12, § 3.º, II), não haverá obrigação de reparar para o fornecedor, arcando este, porém, com o ônus da prova de inexistência do defeito de seu produto”²⁸ (destaquei).

A doutrina civilista e a “consumerista”, conquanto tenham suas próprias premissas e particularidades, parecem repudiar interpretações que busquem “atribuir a um dano um número infinito de causas”, pois “elas tenderiam a tornar cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade” – como advertem Malaurie e Aynès.²⁹ Por isso mesmo é correta a conclusão de Carlos Roberto Gonçalves, de que o agente só deveria responder “pelos danos que se prendessem a seu ato por um vínculo de necessidade. Pelos danos consequentes de causas estranhas, responderiam os respectivos agentes”³⁰ (destaquei).

Agostinho Alvim, antes lembrado, anotou que “se fisicamente, ou metafisicamente, logicamente ou ontologicamente, aqueles elementos, sem os quais o acontecimento danoso não teria acontecido, têm todos, ou quase todos, o caráter de elementos causais, ou de concausas, juridicamente, pelo contrário, não se podem reputar causas senão unicamente os fatos ilícitos”.³¹ Deste modo, e como afirma Elena Larrauri “solo tienen significación jurídica aquellos comportamientos causales respecto del resultado cuando este pueda ser pensado finalmente em virtude de sua alcanzabilidad o evitabilidad”³² (destaquei).

Disso resulta ser necessário determinar, quando se trata de responsabilidade jurídica, as “causas relevantes”, ou “condicionantes” à produção de um determinado evento, bem como de se eliminar os fatores e condutas que não contribuíram para esse evento, bem como aqueles outros cuja eventual contribuição para o evento se considere dentro da legalidade ou “juridicamente aceitável”. Em suma: trata-se de se estabelecer, na lição de Larenz, o juízo pelo qual um determinado fato será considerado obra de um específico sujeito,³³ ou, nas palavras de Carnelutti, “o pertencer um fato, como ato, à pessoa”.³⁴

28. Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 2. ed., São Paulo: Ed. RT, 1995, p. 437 e 439.

29. Droit Civil, *Les obligations*, p. 47 apud Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade civil*, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 78.

30. Citando lições de Agostinho Alvim e Enneccerus e Lehmann, *Responsabilidade civil*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 387.

31. Comentando a teoria de Tomaso Mosca, presente em *Nuovi studi e nuova dottrina sulla colpa nel diritto civile, penasse de amministrativo* (Da inexecução das obrigações e suas consequências), 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1980, p. 349).

32. *Imputación objetiva*, Bogotá: Temis, 1989, p. 74.

33. Apud Elena Larrauri, op. cit., p. 65.

34. *Teoria geral do direito*, trad. Antonio Carlos Ferreira, Lejus, 1999, p. 428.

É preciso, completando as considerações anteriores, estabelecer o que a doutrina denomina de *imputação objetiva* entre a conduta realizada pelos agentes envolvidos, de um lado, e a produção de seu resultado jurídico, de outro lado. Cada participante do ato, ou do evento, neste sentido, somente será responsabilizado na medida da conduta que praticou, e na medida das consequências que essa conduta pôde – por si mesma – produzir, ou influir na realização, do evento ilícito ou danoso. Isso implica também, mas não apenas, analisar a atuação efetiva do agente, seu controle sobre a produção dos resultados e – principalmente – se lhe era possível ou razoável prever esses mesmos resultados.³⁵

Isso tudo parece tanto mais relevante em situações que envolvam formas de organização e distribuição de competências e funções, hipóteses em que, como ensina Damásio Evangelista de Jesus, vigora o chamado princípio da confiança mediante o qual “não realiza conduta típica quem, agindo de acordo com o direito, se envolve em situação em que terceiro, descumprindo seu dever de cuidado, permite a produção do resultado danoso, não obstante o conhecimento geral de que as pessoas cometem erros”³⁶ (*destaquei*).

Segundo a lição de Karl Larenz, “aquele que criou o estado de confiança está ‘mais próximo’ de suportar os riscos resultantes de uma indução em erro ou – no caso de documentos – de um uso indevido em relação àquele em que há de confiar. Este é especialmente o caso quando aquele estava ciente da inexactidão da comunicação ou da notificação por ele feita”.³⁷ Nessas hipóteses, não responde o suposto “participante” do ato dito lesivo, como observou Cláudia López Díaz, porque tem ele “o direito de esperar dos demais um comportamento ajustado aos seus deveres”³⁸ (*destaquei*).

No âmbito do Código de Defesa do Consumidor, embora seja rigorosamente certo existir solidariedade entre todos responsáveis pela colocação de dado produto ou serviço no mercado, não menos correto que tal responsabilidade, antes de mais nada, pressupõe que referida colocação efetivamente tenha se operado. Nesse particular, conforme palavras judiciosas de Robert Norris, “Deve-se entender como colocado em circulação um produto sempre que o seu produtor,

35. Na lição de Elena Larrauri, “el criterio que permite imputarle un hecho y diferenciarlo de los acontecimientos accidentales es esta objetiva finalidad (objektive Zweckhaftigkeit). De este modo puede afirmarse que son imputables aquellos resultados que pueden ser pensados como colocados finalmente” (Op. cit., p. 73).

36. Damásio E. de Jesus, *Imputação objetiva*, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 46.

37. *Metodologia da ciência do direito*, 3. ed., trad. José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 679.

38. *Introducción a la imputación objetiva*, Bogotá: Universidad externato de Colômbia, 1996, p. 192.

entendendo encontrar-se a mercadoria em perfeitas condições, faz a sua entrega ao mercado de consumo, introduzindo-o *de forma consciente*, no circuito de distribuição, mesmo que seja para exame ou prova”. Dessa forma, a não colocação do produto ou serviço, entendida como causa excludente da responsabilidade “é mesmo uma conclusão lógica: não há porque falar em se responsabilizar um fornecedor que não colocou o seu produto no mercado, pelo simples fato de que inexistente, *in casu*, o necessário nexo causal entre o dano e atividade do agente”³⁹ (*destaquei*).

De forma análoga, João Batista de Almeida também observou que, para emergir a obrigação de reparar os danos, “é necessário que exista uma relação de causa e efeito entre a ação do fornecedor de colocação no mercado do produto potencialmente danoso e o dano verificado, ou seja, entre este e um defeito que possa ser atribuído ao fabricante. Lembrando as excludentes legais de responsabilidade, referido autor destacou que, quando o fornecedor provar que *não colocou o produto no mercado*, “será terceiro estranho à obrigação de indenizar, porque a responsabilidade decorre exatamente da colocação no mercado. *A responsabilização deverá incidir, nessa hipótese, sobre o real fornecedor ou sobre quem verdadeiramente tenha colocado o produto ou serviço no mercado*”⁴⁰ (*destaquei*).

A propósito, não há dúvida de que a configuração da relação de consumo é antecedente lógico da responsabilização de uma dada pessoa nos termos do Código de Defesa do Consumidor. A rigor, portanto, trata-se de tema que, em termos lógicos, precede a todos os demais: se alguém não pode ser qualificado como consumidor em relação a outrem (que seria fornecedor), então não há que se cogitar da aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Contudo, para os fins de que trata a consulta, à configuração da relação de consumo – ou não – se chega pelo caminho inverso: sem nexo causal não pode haver responsabilidade civil, nem individual, nem por solidariedade (no Código de Defesa do Consumidor ou fora dele); sem a colocação de um dado produto ou serviço em circulação não há nexo causal e, portanto, não há, em termos mais exatos, uma relação que ligue fornecedor e consumidor.

Feitas tais ressalvas, é certo que o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu ser *consumidor* “toda pessoa física ou jurídica que *adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*” (*destaquei*) e ser *fornecedor* toda “pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes personalizados, que *desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção,*

39. Roberto Norris, *Responsabilidade civil do fabricante pelo fato do produto*, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 85-86.

40. João Batista de Almeida, *A proteção jurídica do consumidor*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 82-87 e 107-108.

transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços” (respectivamente, arts. 2.º e 3.º da referida lei).

Aplicando-se ao caso sob exame os princípios e postulados antes examinados à sociedade, bem como a análise da relação fática que se procederá a seguir, é possível concluir, desde logo, que a *Consulente não ostenta legitimidade passiva ad causam* e que, portanto, pode e deve ser prontamente excluída da relação processual. Isso porque nem mesmo em tese a Consulente é titular de relação jurídica de direito material da qual se possa inferir, ainda que abstratamente, obrigação de indenizar os torcedores das equipes envolvidas no caso e nem mesmo de alterar os julgamentos do STJD.

Ora, basta essa constatação para que se conclua que, por absoluta ausência de nexos causal entre o prejuízo reclamado pelo Ministério Público em benefício dos torcedores, de um lado, e a função de organização do Campeonato Brasileiro de Futebol, de outro, essa última nem mesmo em tese poderia ter responsabilidade pelo dano afirmado.

Como visto, a ideia de imputação objetiva impede que a infração cometida por uma pessoa seja, em suas consequências, suportada por outra. No caso sob exame, aplicar-se esse postulado significa reconhecer que cada um dos réus somente pode ser responsabilizado na medida da conduta que praticou, e na medida das consequências que essa conduta pôde – por si mesma – produzir, ou influir na realização, do evento ilícito ou danoso.

A rigorosa e irrefutável inexistência de nexos causal afasta, mesmo em tese, qualquer responsabilidade da Consulente. Embora a matéria possa até se confundir com o mérito, considerando-se que as condições da ação podem e devem ser aferidas *in status assertionis*, se já é possível – sem aprofundamento na cognição – saber que a Consulente não é responsável, então nada justifica subsistam os ônus da litispendência em seu detrimento. Sua imediata exclusão, inclusive, é medida que interessa também ao Estado.

III. OS FATOS NARRADOS NA INICIAL E A FALTA DE NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA DA CBF E OS ALEGADOS DANOS AOS TORCEDORES

1. *A autonomia e independência da Justiça Desportiva*

Avançando, dessa feita sob a perspectiva concreta e casuística dos fatos, para a análise da existência ou não de nexos causal entre a conduta supostamente ilícita de ambos os réus e as pretensões do Ministério Público com a presente ação civil pública, é necessário retomar passagens do relatório deste Parecer para poder enquadrá-los no esquema de legitimidade passiva de parte.

Conforme exposto, a ação civil pública visa, em síntese, a anular os julgamentos do STJD, reintegrar a Sociedade Portuguesa de Desportos à Série A do Campeonato

Brasileiro de Futebol, e obter condenação pecuniária por danos materiais e morais em benefício dos torcedores. Para tanto, são acionados a Confederação Brasileira de Futebol – CBF, e o Superior Tribunal de Justiça Desportiva – STJD.

Segundo o Ministério Público, na imputação das condutas ilícitas de cada um dos colegitimados passivos litisconsortes, o STJD foi responsável pelos julgamentos e pelas condenações dos dois clubes envolvidos, e conseqüentemente também responsável pelo rebaixamento da Sociedade Portuguesa de Desportos, ao passo que a CBF foi responsável pela divulgação dos resultados dos julgamentos realizados pelo STJD; contra essa ré são direcionados os pedidos de condenação em danos morais e materiais.

Como se observa, há claramente duas condutas muito distintas imputadas aos réus, e delas decorrem os pedidos condenatórios. No entanto, dentre tais condutas, “o nexo de causalidade entre o fato narrado e a capacidade de estar em juízo no polo passivo” está presente exclusivamente na prática da imposição de penalidade da qual decorreu o rebaixamento de um dos clubes envolvidos no julgamento.

Tendo em vista que o STJD é o órgão institucionalmente competente tanto para o julgamento que impõe a condenação, quanto por determinar a alteração na tabela do campeonato, com o conseqüente rebaixamento de equipes, o nexo de causalidade que liga a conduta, no plano do direito material, à legitimidade passiva *ad causam*, está vinculado tão somente ao STJD.

Isso porque a CBF, por imposições legais e regimentais, como se verá a seguir, é responsável pela “divulgação” do resultado dos julgamentos e da tabela do Campeonato, mas não tem qualquer competência para intervir nos julgamentos realizados pelo STJD, que é “órgão autônomo e independente”. Logo, a CBF limitou-se a cumprir rigorosamente a determinação normativa ao dar publicidade às decisões do STJD.

No contexto normativo que regulamenta a atuação da Justiça Desportiva, é bastante evidente a sua “autonomia e independência” no julgamento das matérias de desporto a ele submetidas, em especial as seguintes normativas:

“Lei 9.615/1998, art. 52. Os órgãos integrantes da Justiça Desportiva são *autônomos e independentes* das entidades de administração do desporto de cada sistema, compondo-se do Superior Tribunal de Justiça Desportiva, funcionando junto às entidades nacionais de administração do desporto; dos Tribunais de Justiça Desportiva, funcionando junto às entidades regionais da administração do desporto, e das Comissões Disciplinares, com competência para processar e julgar as questões previstas nos Códigos de Justiça Desportiva, sempre assegurados a ampla defesa e o contraditório (Redação dada pela Lei 9.981/2000)” (*destaquei*).

No caso em tela, as decisões combatidas foram proferidas pela “Comissão Disciplinar” e pelo “Pleno do STJD”, órgãos que integram esse Tribunal Desportivo, e cujas competências também são dispostas e disciplinadas por duas normativas:

“Lei 9.615/1998, art. 53. No Superior Tribunal de Justiça Desportiva, para julgamento envolvendo competições interestaduais ou nacionais, e nos Tribunais de

Justiça Desportiva, funcionarão tantas *Comissões Disciplinares* quantas se fizerem necessárias, compostas cada qual de 5 (cinco) membros que não pertençam aos referidos órgãos judicantes, mas sejam por estes escolhidos. (Redação dada pela Lei 12.395/2011).

§ 2.º A Comissão Disciplinar aplicará sanções em procedimento sumário, assegurados a ampla defesa e o contraditório.

§ 3.º Das decisões da Comissão Disciplinar caberá recurso ao Tribunal de Justiça Desportiva e deste ao Superior Tribunal de Justiça Desportiva, nas hipóteses previstas nos respectivos Códigos de Justiça Desportiva (Redação dada pela Lei 9.981/2000)” (*destaquei*).

e:

“Res. CNE 29/2009, art. 26. Compete às *Comissões Disciplinares do STJD*: I – processar e julgar as ocorrências em competições interestaduais e nacionais promovidas, organizadas ou autorizadas por entidade nacional de administração do desporto, e em partidas ou competições internacionais amistosas disputadas por entidades de prática desportiva (*destaquei*).”

Ainda no contexto normativo que alicerça os fatos, a CBF, por imposição do Código Brasileiro de Justiça Desportiva, CNE n. 29/2009, está “obrigada a dar efetivo cumprimento às deliberações da Justiça Desportiva”, nos seguintes termos:

“Art. 1.º A organização, o funcionamento, as atribuições da Justiça Desportiva e o processo desportivo, bem como a previsão das infrações disciplinares desportivas e de suas respectivas sanções, no que se referem ao desporto de prática formal, regulam-se por lei e por este Código.

§ 1.º *Submetem-se a este Código, em todo o território nacional:*

I – as entidades nacionais e regionais de administração do desporto;” (*destaquei*).

Por fim, quanto à divulgação das decisões proferidas pela Justiça Desportiva, é relevante destacar o previsto no art. 133 do CBJD:

“Proclamado o resultado do julgamento, a decisão produzirá efeitos imediatamente, independentemente de publicação ou da presença das partes ou de seus procuradores, desde que regularmente intimados para a sessão de julgamento, salvo na hipótese de decisão condenatória, cujos efeitos produzir-se-ão a partir do dia seguinte à proclamação” (*destaquei*).

O citado dispositivo, que de certa forma se confunde com o mérito da presente ação em comento, é fundamental para o tema do nexo de causalidade subjacente à legitimidade passiva *ad causam*, pois está relacionado com uma das condutas imputadas pelo Ministério Público à corrê CBF, qual seja, “o dever de publicidade e informação ao torcedor”.

Enfim, pode-se concluir, em relação a este tópico, que:

“5. Embora se pretenda a desconstituição da decisão que gerou o rebaixamento da Sociedade Portuguesa de Desporto, e a indenização de danos materiais e morais, o nexo de causalidade só existe em relação à Justiça Desportiva, que é autônoma

e independente nos julgamentos que profere, sem haver qualquer interferência ou ingerência da parte da CBF.

6. Assim sendo, o único corréu que ostenta nexos causal com a demanda é o STJD, pois tanto as condenações aos clubes quanto o rebaixamento da Sociedade Portuguesa de Desporto são decorrentes da conduta da Justiça Desportiva.”

2. *A obrigatoriedade do cumprimento pela CBF das determinações da Justiça Desportiva e a divulgação das decisões dessa Corte*

A divulgação promovida pela CBF, em seu sítio eletrônico, do resultado dos julgamentos realizados pelo STJD, que supostamente teria gerado a violação a direitos dos torcedores, não se refere a conduta indispensável para a validade do ato administrativo realizado pela Justiça Desportiva, nem para os clubes envolvidos, nem para os torcedores, uma vez que “a produção de efeitos da decisão do STJD se opera no momento da prolação da decisão, na mesma sentada em que essa é realizada, nos termos do art. 133 do CBJD, independentemente de qualquer outra forma de publicidade.”

Em outras palavras, a CBF “agiu no estrito cumprimento de seu dever legal”, enquanto instituição que administra e organiza o Campeonato Brasileiro de Futebol, de tão somente divulgar em seu sítio eletrônico o resultado do julgamento promovido pelo STJD, nos termos do art. 35, § 2.º, da Lei do Estatuto do Torcedor.

A autonomia e independência do STJD em relação à CBF impede absolutamente que essa interfira nos resultados desse órgão da Justiça Desportiva, bem como no meio de ciência às partes de tais resultados.

Em reforço, disso decorre a absoluta falta de relação de causalidade entre o ato que se quer ver impugnado, e que está na origem do objeto litigioso da ação civil pública, qual seja, a decisão do STJD que promoveu o rebaixamento da Associação Portuguesa de Desportos, e a atuação da CBF, que simplesmente divulgou a condenação do clube pelo STJD que redundou na perda de pontos.

Por consequência, “não há vínculo jurídico entre o ato impugnado e a CBF”, de forma que não é possível sequer analisar os pedidos de indenização a danos difusos e individuais homogêneos, pois a ausência de legitimidade passiva *ad causam*, em função da falta de nexos de causalidade, não autoriza que se adentre na causa de pedir e nos pedidos indenizatórios.

Da inicial se depreende que o fundamento jurídico que justificaria a legitimidade passiva *ad causam* da CBF, segundo o Ministério Público, seria a sua condição de fornecedora, art. 3.º do Estatuto do Torcedor, por ser “a entidade responsável pela organização da competição”, bem como suas finalidades de organização, fiscalização e direção da prática de futebol no território nacional, segundo o art. 5.º, I, do Estatuto da CBF (f. da inicial)

Contudo, não há elementos seguros na inicial da ação civil pública que indiquem tecnicamente os atos ilícitos praticamente pela CBF que gerariam o dever de indenizar. Pelo contrário, toda a argumentação desenvolvida acerca da legitimidade passiva *ad causam* diz respeito à conduta e conseqüente legitimidade do STJD. Vejamos os trechos mais marcantes (f. da inicial):

“Ora, o órgão que desconsiderou que a correquerida Confederação Brasileira de Futebol não atendeu ao direito à informação prévia e adequada dos torcedores foi o Superior Tribunal de Justiça Desportiva – STJD”.

“Como órgão que integra a organização da justiça desportiva, o Superior Tribunal de Justiça Desportiva – STJD é dotado de regimento interno, que em seu art. 1.º reafirma a autonomia e independência em relação à Confederação Brasileira de Futebol – CBF”.

“Logo, as decisões oriundas do mencionado tribunal administrativo são de responsabilidade dessa entidade, e não da Confederação Brasileira de Futebol – CBF”.

“Em síntese: as deliberações do Superior Tribunal de Justiça Desportiva – STJD são autônomas e independentes, porém incumbe à CBF dar a devida publicidade aos torcedores dessas deliberações, conforme prevê expressamente o art. 35 da Lei 10.761, de 15.05.2013”.

Há, nitidamente, um “contrassenso” na exordial do Ministério Público, que aponta a autonomia e independência do STJD, mas indica a CBF também como ré na demanda.

Em síntese, a única responsabilidade que teria a CBF era a de divulgar as decisões do STJD, o que não significa cumprir um direito básico de informação ao torcedor, como se verá a seguir.

O autor invoca também a responsabilidade objetiva do fornecedor (f. da inicial) para justificar a indenização a título material e moral. Ora, conforme bem salientado “supra”, mesmo no âmbito de incidência da responsabilidade objetiva não se dispensa a presença do nexu causal; pelo contrário, sem a relação de causalidade não há que se falar em dever de indenizar e nem muito menos em legitimidade *ad causam*.

3. Quanto ao tema da forma de publicidade do julgamento proferido do STJD

Esse ponto, em realidade, está diretamente relacionado com o mérito da demanda, seja quanto ao pedido de nulidade da decisão de rebaixamento da Associação Portuguesa de Desportos, seja em relação aos pedidos indenizatórios.

Mas, não obstante, o ponto também toca a condição da ação legitimidade passiva *ad causam*, na medida em que, mesmo em uma perspectiva de análise da inicial *in status assertionis*, é evidente o equívoco ao se supor a aplicação do Estatuto do

Torcedor para o tema da publicidade das decisões da Justiça Desportiva, como pretende o Ministério Público.

Não há qualquer dúvida que de fato exista relação de consumo no esporte profissional, e portanto ocorra a aplicação das normativas consumeristas, em especial o Estatuto do Torcedor e do Código de Defesa do Consumidor, a tais relações. Contudo, essa aplicação não pode ser imediata e desprovida de qualquer análise casuística do tipo de relação que se estabelece entre os sujeitos; isso porque, como é sabido à exaustão e já referido anteriormente, para que ocorra a aplicação do microsistema consumerista “é indispensável caracterizar-se a relação como sendo de fato de consumo”, para somente então se aplicar o microsistema jurídico que tutela o consumidor.

E mais. Nas relações complexas como as atuais, de um único fato surgem interesses relacionados a diversos sujeitos, podendo haver também a incidência de mais de um microsistema jurídico, sendo imprescindível enquadrar os efeitos desse fato segundo as características dos feixes de relações jurídicas que estão em seu substrato para então se concluir pelo microsistema aplicável a cada um dos feixes.

Focando no tema do esporte profissional, e especificamente nos fatos narrados na inicial, é possível desdobrar em pelo menos duas relações jurídicas fundamentais entre os sujeitos de direito envolvidos: (i) uma vinculando a Justiça Desportiva e as equipes que participam do Campeonato Brasileiro de Futebol, e (ii) outra vinculando a CBF e os torcedores de tais equipes.

Para a primeira relação aplica-se a legislação pertinente ao tema, especialmente a Lei Pelé, o CBJD, e em alguns temas o Estatuto do Torcedor, pois tal relação diz respeito à atuação da Justiça Desportiva no Brasil, sobretudo quanto às regras procedimentais do processo administrativo desportivo que se desenvolve no âmbito dessa Justiça.

É evidente que não há relação de consumo entre a Justiça Desportiva e os Clubes do Campeonato Brasileiro de Futebol, por absoluta impertinência dos conceitos de consumidor e fornecedor e do objeto; trata-se, na maior parte das vezes, de processos disciplinares que vinculam a Justiça Desportiva e os Clubes.

A CBF, enquanto entidade que administra e organiza essa categoria de esporte Profissional no país, cumpre as decisões emanadas da Justiça Desportiva, sem qualquer ingerência sobre elas, como já destacado.

Já para a segunda relação aplica-se, sobretudo, o Estatuto do Torcedor e a legislação consumerista, posto que, por expressa previsão legal, o torcedor é juridicamente considerado consumidor de esporte, na dimensão comercial desta prática. Não há dúvida que o torcedor do Campeonato Brasileiro de Futebol vincula-se, sob certos aspectos, perante o direito do consumidor, à CBF, posto ser essa a entidade que organiza, gerencia e administra esse Campeonato.

Mas, para tanto, *é indispensável que se estabeleça, entre torcedores e a CBF, uma verdadeira relação de consumo, caracterizada por todos os seus elementos típicos.*

A demanda coletiva em tela aponta a responsabilidade da CBF subsumida na segunda modalidade de relação jurídica, ou seja, violação a direito básico do consumidor – o direito à informação – na medida em que haveria descumprido norma do Estatuto do Torcedor que exigia “a publicação da decisão como requisito de validade e eficácia da decisão do STJD, art. 35”, *caput*, redundando, por consequência, no equívoco da punição dos clubes Associação Portuguesa de Desportos e Clube de Regatas do Flamengo, vez que tal publicação ocorrera após a partida em que os jogadores suspensos haviam atuado.

Conforme apontado “supra”, nesse particular a CBF cumpriu rigorosamente a regra que lhe impõe o art. 35, § 2.º, do Estatuto do Torcedor e divulgou, em seu sítio eletrônico na data de 09.12.2013, o julgamento ocorrido em 06.12.2013.

Por outro vértice, há que se mencionar a já também referida regra do art. 133 do CBJD, que determina a imediata eficácia da decisão da Justiça Desportiva proferida em audiência.

Com base nisso, o Ministério Público aponta um suposto conflito normativo entre a previsão do Estatuto do Torcedor e o CBJD, e invoca a teoria da hierarquia das normas para sustentar a vigência daquele primeiro sobre esse último, uma vez que se trata de lei federal e portanto de hierarquia superior a uma resolução administrativa.

Daí decorreria a violação ao direito básico de informação do torcedor, pois como a divulgação no sítio eletrônico da CBF ocorreu após a partida para a qual os atletas haviam recebido punição de não atuar, o torcedor não teve ciência da condenação da sua equipe.

“Haveria mesmo o imputado conflito normativo entre as duas disposições normativas?” Caso haja, de fato a norma de categoria superior deve prevalecer sobre a inferior. Contudo, em decorrência do já exposto, trata-se de “regras que incidem em âmbitos jurídicos bastante distintos”, sendo indispensável primeiro caracterizar o tipo de relação jurídica base para só então concluir pela norma aplicável.

O fato gerador sobre o qual deve incidir a norma a ser aplicada é “o julgamento que decorre de dois processos administrativos disciplinares” (Processos 183/2013 e 172/2013), com trâmite perante a Justiça Desportiva, envolvendo equipes da Série A do Campeonato Brasileiro de Futebol, portanto relação jurídica que vincula esses sujeitos, quais sejam, “Clubes e Justiça Desportiva”, e tem como “objeto análise de violação ao CBJD (especificamente a infração contida no art. 258)” por parte dos dois atletas das duas equipes acionadas.

Que relação de natureza consumerista poderia haver nesse fato? Absolutamente nenhuma.

4. *Quanto à divulgação do resultado do julgamento pela CBF. Afastamento da relação de consumo*

A entidade que organiza o Campeonato Brasileiro de Futebol deve anunciar, em seu sítio eletrônico, o resultado do julgamento realizado pela Justiça Desportiva. Esse ato estaria relacionado com direito básico à informação do consumidor-torcedor? Se sim, realmente poderia haver a responsabilização da CBF por suposta violação a esse direito, uma vez que de fato há um feixe de relações jurídicas consumeristas que envolvem a promotora do Campeonato Brasileiro de Futebol e os torcedores.

Contudo, a resposta é negativa, e decorre da caracterização da relação jurídica apontada acima. Por se tratar de relação de caráter punitivo – processo disciplinar de atleta – entre o Clube e o STJD, “a divulgação da condenação, inclusive o afastamento de jogador e perda de pontos na tabela do Campeonato, é direcionada ao próprio Clube, seja no intuito de cumpri-la, seja para a possível apresentação de recurso administrativo, quando cabível”.

Não há qualquer lastro para relacionar tais fatos com relação de consumo que justificaria o afastamento da norma de natureza administrativa do CBJD para aplicar o dispositivo do Estatuto do Torcedor conforme sustentando na inicial.

Em síntese, trata-se de “normativas com espectros de incidência muito distintos, que convivem harmonicamente, sem que ocorra conflito normativo”. Para se decidir sobre qual a norma aplicável, é fundamental a caracterização precisa dos fatos sobre os quais a norma se aplica. “No caso em tela não há qualquer dado concreto que justifique sustentar a existência de relação de consumo na divulgação da condenação imposta pela Justiça Desportiva aos clubes envolvidos nos julgamentos”.

Para corroborar essa assertiva basta analisar com atenção o Estatuto do Torcedor, Lei Federal conforme aponta o Ministério Público e que hierarquicamente se sobreporia ao CBJD, quando aponta que há, em benefício do torcedor, um “dever fundamental de publicidade e transparência da parte das entidades de organização do desporto”, conforme se nota no “art. 5.º da Lei 10.671”, o qual indica uma série de “informações que devem obrigatoriamente ser publicizadas por essas entidades”.⁴¹

41. Art. 5.º do Estatuto do Torcedor:

“Art. 5.º São asseguradas ao torcedor a publicidade e transparência na organização das competições administradas pelas entidades de administração do desporto, bem como pelas ligas de que trata o art. 20 da Lei 9.615, de 24.03.1998.

§ 1.º As entidades de que trata o *caput* farão publicar na Internet, em sítio da entidade responsável pela organização do evento: (Incluído pela Lei 12.299/2010).

I – a *íntegra do regulamento da competição*; (Incluído pela Lei 12.299/2010);

II – as *tabelas da competição, contendo as partidas que serão realizadas, com especificação de sua data, local e horário*; (Incluído pela Lei 12.299/2010);

É bem verdade que, sendo relação consumerista a que se estabelece entre o torcedor e a organização que regula o esporte profissional, e sendo o direito à informação um direito básico do consumidor *tout court*, o que faz o Estatuto é explicitar, para a temática específica das competições esportivas, o que efetivamente deve ser publicizado e informado ao torcedor-consumidor.

No rol de dados e informações a serem disponibilizados pela entidade que organiza a competição, nos termos do mencionado art. 5.º, “não se encontra a publicidade do julgamento pela Justiça Desportiva como um dos itens obrigatórios a serem divulgados pela entidade”.

E é evidente que não esteja, pois conforme esclarecido, o resultado de julgamento de processo administrativo disciplinar envolvendo o clube não tem qualquer relação com o vínculo consumerista que se forma entre consumidor e fornecedor, e, portanto, não adentra ao núcleo fundamental do direito básico à informação do torcedor.

Se o próprio Estatuto do Torcedor não impõe a divulgação desse resultado como um direito à informação, por consequência, (i) não é um requisito de validade para a eficácia imediata da condenação imposta pela Justiça Desportiva, conforme, aliás, já impõe a literalidade do art. 133 do CBJD, aplicável ao caso; (ii) a função da CBF, ao divulgar em seu sítio eletrônico o resultado do julgamento, conforme lhe impõe o art. 35, § 2.º, do Estatuto do Torcedor, não é ato indispensável para o aperfeiçoamento da decisão, que já está a produzir efeitos desde o encerramento da sessão da Justiça Desportiva.

A publicidade de informações ao consumidor de modo geral, e especificamente ao torcedor, é exigência insuperável para que ele possa, pela ciência, “exercitar outros direitos”, num sentido instrumental de defesa de direitos. Relativamente à publicidade da decisão proferida pela Justiça Desportiva em comento, o fundamento é provocar um direito de reação, de modo especial para atacá-la pelos meios cabíveis.

Seria possível o torcedor, no exercício de um direito de consumidor, se opor, no âmbito da Justiça Desportiva, às decisões dela provenientes que suspenderam atletas? Evidentemente que não; a oposição cabe às próprias equipes.

III – o nome e as formas de contato do Ouvidor da Competição de que trata o art. 6.º; (Incluído pela Lei 12.299/2010);

IV – os *borderôs completos das partidas*; (Incluído pela Lei 12.299/2010);

V – a *escalação dos árbitros imediatamente após sua definição*; e (Incluído pela Lei 12.299/2010);

VI – a *relação dos nomes dos torcedores impedidos de comparecer ao local do evento desportivo*” (Incluído pela Lei 12.299/2010) (*destaquei*).

Isso reitera a comprovação de que “a notícia ao torcedor acerca da suspensão ou não de atletas não compõe o direito fundamental à informação, pois ele não poderá atacá-la para revertê-la”.

Ainda para afastar a incidência de relação de consumo na divulgação do julgamento da Justiça Desportiva aos torcedores, perquire-se: a falta de informação sobre a suspensão de um ou outro jogador poderia fazê-lo assistir a partida pensando que o jogador suspenso estaria em campo quando em realidade já estava suspenso, daí decorrendo danos materiais e morais pela falta de informação? É evidente que não. O torcedor assiste às partidas de seu clube independentemente da suspensão de certos jogadores. Ademais, como é notoriamente sabido, a escalação da equipe somente é divulgada pouco antes da partida – o que, aliás, faz parte da estratégia na composição da equipe de muitos treinadores – e, mesmo em situações em que um atleta não cumpre punição, e está presente entre os escalados, não é acionado pelo técnico entre os titulares ou nem mesmo ingressa ao longo da partida.

Interessante observar que no caso tem tela, objetivamente, o atleta Héverton, da Associação Portuguesa de Desportes, que cumpria suspensão da Justiça Desportiva foi mesmo assim escalado e ingressou na partida aos 32 minutos do segundo tempo. Concretamente falando: a falta de divulgação no sítio eletrônico da corrê CBF, antes da realização da partida, informando a suspensão do atleta, e portanto que não deveria participar do jogo, poderia ter ocasionado danos materiais e morais aos torcedores? É evidente que não, inclusive porque o atleta, mesmo irregularmente, jogou.

Caso o Ministério Público queira discutir a existência de conduta ilícita em decorrência da violação a direito básico à informação do torcedor sobre a ausência de divulgação das decisões de punição oriundas da Justiça Desportiva, tal falta de informação deveria ser imputada aos próprios clubes e não à CBF, na medida em que, frisa-se, a divulgação em seu sítio eletrônico das decisões da Justiça Desportiva não compõe o núcleo do direito à informação dos torcedores.

Em síntese, o resultado do processo administrativo disciplinar perante a Justiça Desportiva é ato voltado ao próprio Clube e não aos torcedores, e não se caracteriza como sendo relação de consumo, o que exclui integralmente o nexo causal da corrê CBF por suposta violação a direito de informação ao consumidor.

Por consequência, e em decorrência disso, não há qualquer relação direta entre a conduta da CBF, qual seja, divulgar em seu sítio eletrônico os resultados dos julgamentos proferidos pelo STJD, inclusive o rebaixamento de clubes que decorrem dessas condenações, com supostos danos causados aos consumidores como sustenta o Ministério Público.

A rigor, caso se devesse exigir a divulgação das condenações aos clubes que gerassem a suspensão de atletas de certas partidas, como um direito básico do torcedor-consumidor, esse direito deveria ser exigido do próprio clube, uma vez que a publicidade quanto à suspensão a ele se dirigiu, na mesma sentada na qual foi proclamada.

IV. CONSEQUÊNCIA: A ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CBF

De todo o exposto, a consequência é a ilegitimidade passiva *ad causam* da CBF pelas seguintes razões:

“7. Evidente a inexistência de nexa causal entre a conduta da CBF no plano material, uma vez que cumpriu fielmente o disposto no art. 35, § 2.º, do Estatuto do Torcedor e publicou em seu sítio eletrônico os resultados dos julgamentos proferidos pela Justiça Desportiva nos processos envolvendo a Associação Portuguesa de Desportos e o Clube de Regatas do Flamengo.

8. Esse ato, realizado pela CBF na qualidade de organizadora do Campeonato Brasileiro de Futebol, não é considerado, pelo próprio Estatuto do Torcedor, art. 5.º, como direito básico de informação do torcedor, de forma que sua publicação prévia à partida não tem escopo de informar ao consumidor o resultado do julgamento; o que é indispensável para a validade e eficácia da notificação é que essa seja dirigida ao clube na audiência na qual foi proferido o julgamento.

9. Isso porque a relação que se estabelece entre a Justiça Desportiva e os Clubes, no âmbito dos processos administrativos disciplinares dos atletas não se caracteriza como relação de consumo.

10. Nesse sentido, não há qualquer conflito normativo entre o Estatuto do Torcedor e o CBJD; ambos são diplomas que convivem harmonicamente e têm âmbitos de aplicação distintos. Quanto à conduta descrita pelo Ministério Público na inicial, não há qualquer característica de relação consumerista, nem pelos sujeitos, nem pelo objeto.

11. Ademais, à exaustão restou claro que o STJD e os órgãos que o compõem são autônomos e independentes, não se subordinando à CBF. Do ponto de vista do nexa causal, o qual deve ser atendido para justificar a ilegitimidade *ad causam*, a CBF, ao simplesmente divulgar em seu sítio eletrônico decisão da Justiça Desportiva, em nada contribuiu para a concretização do suposto dano pleiteado, e portanto não pode ser alçada à parte legitimada para o processo, cabendo a sua imediata exclusão por falta de uma das condições da ação”.

V. A FALTA DE HOMOGENEIDADE DOS DIREITOS INDIVIDUAIS NO CASO CONCRETO

1. *Os interesses individuais homogêneos*

É sabido que a grande novidade do Código de Defesa do Consumidor, em termos de tutela jurisdicional, foi a criação da categoria dos interesses ou direitos individuais homogêneos, que são na verdade direitos subjetivos tradicionais, passíveis, ainda hoje, de tratamento processual individual, mas também, agora, de tratamento coletivo, em razão de sua homogeneidade e de sua origem comum.

Entre as ações civis públicas em defesa de direitos individuais homogêneos, a ação prevista nos arts. 91 a 100 do CDC, destinada à reparação dos danos individualmente sofridos, foi denominada “ação de classe brasileira”, por encontrar seu precedente nas *class actions for damages* do sistema norte-americano, e notadamente no art. 23 das *Federal Rules*, alínea (b)(3), que trata das *damage class actions*, para a compreensão das dificuldades encontradas pelos tribunais norte-americanos no juízo de admissibilidade dos *mass tort cases*, voltado a assegurar a eficácia e a justiça das decisões de mérito.

2. A regra 23 das *Federal Rules*

O instituto da *class action* do sistema norte-americano, baseada na *equity* e com antecedentes no *Bill of Peace* do século XVII, foi sendo ampliado de modo a adquirir aos poucos papel central do ordenamento.

As dificuldades práticas oriundas da aplicação das *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938,⁴² quanto à exata configuração de uma ou outra categoria de *class action*, com tratamento processual próprio, induziram os especialistas norte-americanos (*Advisory Committee on Civil Rules*) a modificar a disciplina da matéria nas *Federal Rules* de 1966, dando novos contornos à antiga *spurious class action*, justamente aquela destinada aos casos em que os membros da *class* são titulares de direitos diversos e distintos, mas dependentes de uma questão comum de fato ou de direito, pelo que se possibilita para todos um provimento jurisdicional de conteúdo único. Está aqui a origem da categoria brasileira dos interesses individuais homogêneos.

A regra 23 das *Federal Rules* de 1966, que tem caráter pragmático e funcional, contém quatro considerações prévias (pré-requisitos) e estabelece três categorias de *class actions*, sendo duas obrigatórias (*mandatory*) e uma não obrigatória (*not mandatory*), cada uma com seus próprios requisitos.

As considerações prévias fixam os pré-requisitos para qualquer ação de classe, da seguinte maneira:

(a) “Pré-requisitos para a ação de classe: Um ou mais membros de uma classe podem processar ou ser processados como partes, representando a todos, apenas

42. As *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938 fixaram, no art. 23, as seguintes regras fundamentais: a – a *class action* seria admissível quando impossível reunir todos os integrantes da *class*; b – caberia ao juiz o controle sobre a “representatividade adequada”; c – ao juiz também competiria a aferição da existência da “comunhão de interesses” entre os membros da *class*. É, ainda, das regras processuais de 1938 a sistematização do grau de comunhão de interesses, da qual resulta uma classificação das *class actions* em *true*, *hybrid* e *spurious*, conforme a natureza dos direitos objeto da controvérsia (*joint*, *common* ou *secondary*, ou ainda *several*), com diversas consequências processuais. Para a análise detalhada das normas de 1938 e da evolução jurisprudencial sobre a matéria, v. Michele Taruffo, *I limiti soggettivi del giudicato e le class actions*, *Riv. dir. proc.*, p. 619/28, 1969.

se (1) a classe é tão numerosa que a reunião de todos os membros é impraticável, (2) há questões de direito ou de fato comuns à classe, (3) as demandas ou exceções das partes representativas são típicas das demandas ou exceções da classe e (4) as partes representativas protegerão justa e adequadamente os interesses da classe”.

Trata-se dos requisitos vestibulares (*threshold requirements*).

(b) Seguem, na alínea (b), os requisitos para o prosseguimento da ação de classe, que na verdade criam três categorias de ações:

(c) “Prosseguimento da ação de classe: Uma ação pode prosseguir como ação de classe quando forem satisfeitos os pré-requisitos da subdivisão (a) e ainda:

(1) o prosseguimento de ações separadas por ou contra membros individuais da classe poderia criar o risco de:

(A) julgamentos inconsistentes ou contraditórios em relação a membros individuais da classe que estabeleceriam padrões de conduta incompatíveis para a parte que se opõe à classe;

(B) julgamentos em relação aos membros individuais da classe que seriam dispositivos, do ponto de vista prático, dos interesses de outros membros que não são parte no julgamento ou que impediriam ou prejudicariam, substancialmente, sua capacidade de defender seus interesses; ou

(2) a parte que se opõe à classe agiu ou recusou-se a agir em parâmetros aplicáveis à classe em geral, sendo adequada, desta forma, a condenação na obrigação de fazer ou não fazer (*injunction*) ou a correspondente sentença declaratória com relação à classe como um todo; ou

(3) o juiz decide que os aspectos de direito ou de fato comuns aos membros da classe *prevalecem* sobre quaisquer questões que afetam apenas membros individuais e que a ação de classe é *superior* a outros métodos disponíveis para o justo e eficaz julgamento da controvérsia. Os assuntos pertinentes aos fundamentos de fato (*findings*) da sentença incluem: (A) o interesse dos membros da classe em controlar individualmente a demanda ou a exceção em ações separadas; (B) a amplitude e a natureza de qualquer litígio relativo à controvérsia já iniciada, por ou contra membros da classe; (C) a vantagem ou desvantagem de concentrar as causas num determinado tribunal; (D) as dificuldades que provavelmente serão encontradas na gestão de uma ação de classe” (*destaquei*).

3. *Requisitos específicos da “class action for damages”: a “prevalência” das questões comuns e a “superioridade” da tutela coletiva*

Aqui vale uma advertência: o inc. (b1), (A) e (B), assim como o inc. (b2), cuidam da ação de classe obrigatória (*mandatory*) que, na nomenclatura brasileira, corresponde às ações em defesa de interesses difusos e coletivos. Não é destas que vai ocupar-se o presente tópico do parecer, mas vale a pena observar que o inc.

b-1-A significa que, se não fosse ajuizada a ação de classe, a classe dos réus ficaria prejudicada, enquanto o inc. b-1-B indica que a ausência da ação de classe prejudicaria os reclamantes. Por sua vez, o n. 2 contempla, também em caráter de ação de classe obrigatória, os casos de obrigações de fazer ou não fazer (*injunction*) ou de sentenças declaratórias, ainda na categoria que corresponde, no Brasil, às ações em defesa de interesses difusos e coletivos.

Mas é no inc. (b3) que vamos encontrar o regime jurídico da *class action for damages*, que não é obrigatória (*not mandatory*), porquanto admite o *opt out*,⁴³ correspondendo à ação brasileira em defesa de interesses individuais homogêneos, exatamente na espécie reparatória dos danos individualmente sofridos.

Referido inc. (b3), aplicável especificamente à *damage class action*, não existia nas regras federais de 1938, podendo ser considerada a grande novidade das *Federal Rules* de 1966.

De acordo com essa regra, as *class action for damages* (observados os pré-requisitos da alínea “a”) devem obedecer a dois requisitos adicionais:

1. “A *prevalência*” das questões de direito e de fato comuns sobre as questões de direito ou de fato individuais; e
2. a “*superioridade*” da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença.

Destes dois requisitos, enunciados no inc. (b-3), decorrem as especificações seguintes (b-3 A *usque* D), que representam indicadores a serem tomados em conta para a aferição da prevalência e da superioridade.

O espírito geral da regra está informado pelo princípio do acesso à justiça, que no sistema norte-americano se desdobra em duas vertentes: a de facilitar o tratamento processual de causas pulverizadas, que seriam individualmente muito pequenas, e a de obter a maior eficácia possível das decisões judiciais. E, ainda, mantém-se aderente aos objetivos de resguardar a economia de tempo, esforços e despesas e de assegurar a uniformidade das decisões.

O requisito da “prevalência” dos aspectos comuns sobre os individuais indica que, sem isso, haveria desintegração dos elementos individuais; e o da “superioridade” leva em conta a necessidade de se evitar o tratamento de ação de classe nos casos em que ela possa acarretar dificuldades insuperáveis, aferindo-se a vantagem, no caso concreto, de não se fragmentarem as decisões.

43. Sobre a técnica do *opt out*, nas ações de classe norte-americanas, v. Ada Pellegrini Grinover, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 765-766.

4. *Alguns exemplos de decisões norte-americanas*

Nas diversas fases processuais da *damage class action*, os tribunais norte-americanos, incorporando as *notes* da *Advisory Committee*, observam rigorosamente a exigência dos requisitos da “relevância” e da “superioridade”, ligando-as à necessidade de escrupuloso respeito aos parâmetros de justiça e eficácia da decisão. Descrevam-se essas fases: após o juízo prévio de admissibilidade (*certification*), seguida dos possíveis acordos (sobre os quais pode haver apelação), o caso vai a júri, onde se produzem as provas no processo genérico. Em seguida, o juiz de primeira instância confirma ou rejeita a decisão do júri. Na hipótese de confirmação, o processo segue para a sentença final de mérito, genérica. E, numa etapa posterior, passa-se à liquidação dos danos, culminando na sentença final de liquidação.

A análise das decisões judiciais mais representativas, no campo das *class actions for damages*, demonstra que a existência dos requisitos da prevalência e da superioridade tem sido reconhecida, até com facilidade, em matéria de desastres ambientais, de acidentes aéreos, de desmoronamento de obras, de prejuízos aos trabalhadores. Muitas são as ações de classe reparatórias de danos individuais em que houve não só a *certification*, mas também o juízo posterior, chegando-se à sentença final.

Vale lembrar, entre todas, a decisão do caso *Mullen et al. v. Treasure Chest Casino*, julgado a 19.08.1999 pelo Tribunal de Apelação do 5.º Circuito,⁴⁴ visando à reparação dos danos ocasionados à saúde dos empregados pelo sistema de ventilação defeituoso.⁴⁵ A prevalência das questões comuns foi reconhecida em relação à causalidade, aos danos e à negligência da ré, sem que houvesse a predominância das questões pessoais, como ocorria nos casos *Amchem* e *Castano*. E a superioridade da decisão coletiva foi afirmada com base no fato de que a controvérsia no caso não apresentaria as dificuldades de tratamento encontradas no caso *Castano*, possibilitando, ao contrário, economia processual e evitando a multiplicação de ações, com possíveis decisões contrastantes.

Antes deste caso, haviam sido admitidas ações reparatórias por danos provocados pela poeira de carvão (*Biechele v. Norfolk and Western Railway Co.*) e por descarga de material químico na Baía de Chesapeake (*Pruitt v. Allied Chemical Corporation*)⁴⁶, bem como pelo *agente orange* (esfoliante contendo dioxina utilizado pelas Forças Armadas Americanas no Vietnã) em benefício de combatentes e de suas viúvas e descendentes. Neste último caso, julgado pelo Tribunal de Apelação

44. Cujá competência se exerce nos importantes Estados de Texas e Louisiana.

45. 1999 WL 631758 (5th Cir (La.)), in Westlaw, West 1999, p. 1 e ss.

46. José Rogério Cruz e Tucci, “*Class Action*” e *mandado de segurança coletivo*, Saraiva: São Paulo: 1990, p. 29-30.

de Nova York, a prevalência foi reconhecida porque, apesar da existência de relevantes questões individuais (como o estado de saúde, o estilo de vida e a natureza da exposição ao *agente orange* de cada qual), que impediriam a admissibilidade de uma ação de classe, entendeu-se predominar sobre elas uma questão jurídica comum, denominada *military contractor defense*.⁴⁷

Mas dificuldades maiores têm surgido no reconhecimento da prevalência e da superioridade com relação às *class actions for damages*, em outros campos.

Como consequência, em quase 60 anos de aplicação das regras federais de 1966, são poucas as obtenções de *certification* para as *damage class actions* quando a prova do nexo causal é mais difícil. Pode-se apontar, entre elas, o caso de danos ocasionados pelo consumo de produto farmacêutico (Bendectin) em que o *mass tort case* superou o juízo de admissibilidade e chegou à sentença final, que, no entanto, foi de improcedência.⁴⁸ E, ainda, os casos anteriores em que a questão versava sobre a garantia do produto adquirido, por força do *Magnuson-Moss Warranty – Federal Trade Commission Improvement Act*, de 1975 (*Feinstein v. Firestone Tire and Rubber Co.*, sobre a produção de pneus imperfeitos e inseguros; *Mullins v. Ford Motor Co.*, pela inadequação do sistema de lubrificação de automóveis; *Skelton v. General Motors Corp.*, pela instalação de câmbios defeituosos).⁴⁹

Vejamos, agora, as decisões mais significativas que não admitiram a *damage class action* por falta dos requisitos de prevalência e superioridade:

A – Caso Allison,⁵⁰ versando sobre a discriminação racial na empresa, relativamente à contratação geral, promoções, compensações, danos morais e físicos. A ação objetivava o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer e a reparação dos danos. Examinaremos aqui tão somente os aspectos da *damage class action*, em que o tribunal se reporta aos precedentes dos Casos Castano e Amchen.

A prevalência não foi reconhecida em grau de apelação porque a responsabilidade pela reparação dos danos só poderia ser examinada através do exame das circunstâncias pessoais de cada reclamante. Entendeu-se que as questões individuais predominavam sobre as comuns, apontando-se as seguintes individualidades: qual seria a espécie de discriminação, como ela teria afetado emocional e fisicamente a cada qual, no trabalho e em casa, a que tipo de tratamento médico cada reclamante se teria submetido e qual o seu custo.

47. In *Re Agent Orange Product* (818 F.2d 145 e 187), 2th Circuit, n. 1140 etc., julgado aos 21.04.1987.

48. Informação da Professora Mullenix.

49. José Rogério Cruz e Tucci, “*Class Action*”...cit., p. 29-30.

50. *James E. Allison et alii v. Citgo Petroleum Corp.*, 151 F.3d 402 (5th Cir. 1998), 5.º Circuito, n. 96-30489, julgado aos 18.08.1998.

A superioridade foi afastada, por entender-se que os problemas do tratamento coletivo seriam exacerbados, por haver mais de mil reclamantes individuais e porque o valor elevado das reclamações individuais afastava as barreiras das ações individuais.

B – Caso American Medical System,⁵¹ versando sobre a responsabilidade pelo produto (pênis artificial), que havia exigido diversas substituições da prótese, prejuízos, dor e desconforto.

A prevalência não foi reconhecida porque as questões de fato e as questões legais diferiam “dramaticamente” de indivíduo para indivíduo, inexistindo uma causa comum do dano.

Observou o tribunal que, com relação ao vício do produto em geral, as questões individuais podem exceder numericamente às questões comuns. No caso específico, faltava uma causa próxima que se aplicasse a cada membro potencial da classe. A defesa (como a inobservância da orientação, a aceitação do risco, a culpa concorrente e o nível de limitação) podia depender de fatos peculiares a cada reclamante. Os produtos eram diferentes, cada reclamante tinha uma queixa diversa e cada um recebeu informações distintas de seu médico, quanto a assegurar, ou não, o resultado.

No tocante à superioridade, o tribunal afirmou que o problema específico de cada reclamante levaria a problemas insuperáveis na ação de classe, tendo em vista que a controvérsia individual diferia conforme os modelos de prótese, fabricados durante 22 anos. Ao contrário, as ações individuais seriam relativamente simples, por se basearem na reclamação em torno de um modelo específico, ou nas declarações de um particular urologista.

C – Caso Rhone-Poulenc,⁵² versando sobre a reparação dos danos provocados a hemofílicos por infecção pelo vírus do HIV provocada por sangue contaminado, por força da negligência dos réus.

O principal argumento contra a superioridade foi o risco de falência com relação a empresas que poderiam não ser legalmente responsáveis. Teceram-se considerações sobre o fato de que uma ação de classe poderia determinar os destinos de um inteiro setor produtivo, ressaltando-se que havia, individualmente, diversos graus de responsabilidade, até porque, nos Estados Unidos da América, a negligência não tem tratamento legal único, pelo que não representa um *standard*.

51. V. Paulo Vorhis et alii v. American Medical Systems et alii (75 F3d 1069), 6th circuit, ns. 95-3303, 95-3327, julgado aos 15.02.1996.

52. V. Rhone-Poulenc Rober Inc. et alii, réus (51 F. 3d 1293), 3th circuito, n. 94-3912, julgado aos 16.03.1995.

D – Caso Cimino,⁵³ objetivando a reparação de danos provocados pelo asbesto. A causa já se encontrava na 3.^a fase, sendo que na 1.^a muitos réus haviam feito acordo e vários tinham ido à falência, de modo que só restavam cinco deles. Na 1.^a fase, o tribunal havia entendido que os réus conheciam ou deveriam conhecer que seus isolantes de asbesto provocavam risco de enfermidades em relação aos moradores. Na fase seguinte (de amostragem), o tribunal assentou que, se houvesse exposição ao produto entre os anos de 1942 e 1982, se a exposição se desse por tempo e intensidade suficientes para causar danos pulmonares e se o asbesto estivesse presente no produto, em alguns casos esta seria a causa da enfermidade. A indenização foi calculada para cada reclamante, de acordo com o tipo de afecção (mesotelioma, câncer de pulmão, outro tipo de câncer, asbestose, enfermidades da pleura).

O julgamento foi reformado em grau de apelação, invalidando-se o processo a partir da última fase (de amostragem) em diante, incluindo as propostas de acordo (*settling parties plan*) e os processos individuais para sua aplicação (*extrapolation cases*).

O fundamento foi a ausência de prevalência, porquanto não se podia determinar que o produto havia sido causa das enfermidades, tratando-se de um julgamento por danos em que as questões individuais predominavam sobre as comuns.

E – Caso Amchem, ainda sobre os danos causados pelo asbesto.

Em grau de apelação,⁵⁴ a prevalência não fora reconhecida porque, embora houvesse uma questão comum (a capacidade de o asbesto provocar danos físicos), os membros da classe submeteram-se a diferentes produtos contendo asbesto, por períodos diferentes, de maneira distinta. Alguns membros não apresentavam enfermidades, ou só tinham afecções assintomáticas, enquanto outros sofriam de câncer do pulmão, de asbestose ou mesoteliomas. Cada reclamante tinha uma história diversa em relação ao fumo, sendo também diversas as despesas com o tratamento. Reconheceu-se que entre eles havia pouca coisa em comum, sendo assim afastada a prevalência.

O tribunal de apelação também havia afirmado ser a barreira da “comunidade de questões” mais forte nas *damages class actions*, a qual não pode resolver todas as questões e afirmara ser a falta de predominância das questões comuns um problema típico nos casos de asbesto, nos quais existe um amplo número de importantes questões individuais.

53. V. Claude Cimino et alii v. Raymark Industries Inc. et alii (151 F3d 297), 5th circuit, n. 93-4452 th.93-4611, julgado aos 21.09.1998.

54. V. Robert A. Georgine et alii v. Amchem Products, Inc. et alii (83 F3d 610) 3th circuit, ns. 94-1925 etc., julgado aos 10.05.1996.

A superioridade não fora reconhecida pelo tribunal de apelação, que levantara problemas quanto à eficiência e à justiça da decisão, por haver uma quantidade demasiada de questões não comuns e um número tão elevado de membros da classe, constituindo obstáculo à ação de classe. Por outro lado, considerou-se que cada reclamante tinha um interesse significativo em manter o controle sobre sua pretensão individual, sendo, ainda, os danos relevantes, pelo que não era conveniente que cada qual ficasse vinculado à coisa julgada do processo coletivo.

O caso *Amchem* chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos,⁵⁵ que entendeu que o acordo firmado em primeira instância não podia prevalecer, por serem as questões pessoais anteriores a qualquer acordo. E, reportando-se aos argumentos do tribunal de apelação, transcritas na decisão, assentou não bastar que os reclamantes tivessem compartilhado da experiência da exposição ao asbesto, dado o grande número de questões peculiares a cada categoria e a relevância das questões não comuns.

5. *Os requisitos da tutela dos interesses individuais homogêneos no sistema brasileiro: a origem comum e a homogeneidade*

São bem conhecidos os requisitos da lei brasileira para a tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos. O inc. III do parágrafo único do art. 81 do CDC (aplicável à ação civil pública por força do art. 21 da Lei 7.347, de 24.07.1985, introduzido pelo art. 117 do CDC) conceitua os interesses ou direitos “individuais homogêneos” como “os decorrentes de origem comum”, permitindo sua tutela a título coletivo.

A “homogeneidade” e a “origem comum” são, portanto, os requisitos para o tratamento coletivo dos direitos individuais.

Começemos pela origem comum. A origem comum pode ser de fato ou de direito e, como observou Kazuo Watanabe, a expressão “não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos de uma homogeneidade tal que os tornam a ‘origem comum’ de todos eles”.⁵⁶

Sobre homogeneidade, pouco se tem dito. Talvez a própria redação do dispositivo legal induza a pensar que a “homogeneidade pela origem comum” seja um único requisito. Os direitos seriam homogêneos sempre que tivessem origem comum.

55. *V. Amchem Products, Inc. et alii v. George Windsor et alii* (521 U.S., 117 S.Ct. 2231), n. 96-270, julgado aos 25.06.1997.

56. KAZUO Watanabe, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 724.

Parece evidente, no entanto, que a origem comum pode não ser suficiente para caracterizar a homogeneidade. Nesse sentido, o TJSP, embora reconhecendo no caso concreto a presença dos requisitos para a tutela coletiva, já reconheceu que se trata de requisitos diversos, ao elencá-los de forma apartada: “Condições da Ação. Ilegitimidade ativa ‘ad causam’ do Ministério Público. Ação civil pública. Inadmissibilidade. *Direito individual homogêneo. Atendimento aos requisitos de origem comum, homogeneidade e prevalência da dimensão coletiva*” (TJSP, ApCiv 650.366.4/0-00, 6.^a Câm. de Dir. Privado, rel. Vito Guglielmi, 27.08.2009) (*destaquei*).

No consumo de um produto potencialmente nocivo, não haverá homogeneidade de direitos entre um titular que foi vitimado exclusivamente por esse consumo e outro, cujas condições pessoais de saúde lhe causariam um dano físico, independentemente da utilização do produto ou que fez deste uso inadequado. Assim, também, quando se alegarem circunstâncias e características pessoais que envolvem as vítimas de danos. Não há homogeneidade entre situações de fato ou de direito sobre as quais as características pessoais de cada um atuam de modo completamente diferente.

6. *Homogeneidade e prevalência dos interesses comuns. A possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir*

Vem, então, à baila o critério da “prevalência da dimensão coletiva sobre a individual”, da Regra 23 das *Federal Rules*, para que se possa aferir, do ponto de vista prático, se efetivamente os direitos individuais são, ou não, homogêneos por sua origem comum.

Inexistindo a prevalência dos aspectos coletivos, no meu sentir, os direitos serão “heterogêneos”, ainda que tenham origem comum.⁵⁷

Nesse caso, não se tratando de direitos homogêneos, a tutela coletiva não deverá ser admitida, por “falta de possibilidade jurídica do pedido ou de adequação e utilidade da via coletiva (interesse de agir)”.

Como é sabido, a possibilidade jurídica caracteriza-se pela previsão, no ordenamento, da tutela jurisdicional para o pedido que se formula. Se a tutela jurisdicional dos direitos individuais, a título coletivo, está circunscrita, no sistema brasileiro, aos direitos “homogêneos”, a falta dessa característica deve levar à inadmissibilidade da ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos. Sendo os direitos heterogêneos, haverá impossibilidade jurídica do pedido de tutela coletiva.

57. Foi o que afirmei em âmbito doutrinário: Ada Pellegrini Grinover, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 825-826.

Chega-se, por esse caminho, à conclusão de que a “prevalência das questões comuns sobre as individuais”, que é condição de admissibilidade no sistema das *class actions for damages* norte-americanas, também o é no ordenamento brasileiro, que só possibilita a tutela coletiva dos direitos individuais quando estes forem “homogêneos”. Prevalecendo as questões individuais sobre as comuns, os direitos individuais serão heterogêneos e o pedido de tutela coletiva se tornará juridicamente impossível.

E, sob o ângulo do interesse de agir (interesse adequação e interesse utilidade), no caso de direitos individuais heterogêneos a tutela coletiva será inadequada ou inútil (veja-se abaixo, item 7).

7. *Superioridade (rectius, eficácia) da tutela coletiva e interesse de agir*

O requisito da “superioridade” da tutela coletiva, em relação à individual, em termos de justiça e eficácia da decisão, pode ser abordado, no direito brasileiro, sob dois aspectos: o do interesse de agir e o da efetividade do processo.

Mas, antes, é preciso observar que, ao invés de exigir a superioridade (própria de um ordenamento que, segundo alguns,⁵⁸ ainda prefere a tutela processual individual à coletiva), no sistema brasileiro sealaria, mais propriamente, em necessidade de “eficácia da tutela coletiva”.

Lembra-se que o interesse de agir, nos ordenamentos de *civil law*, é a condição da ação que exige, para o seu exercício, a necessidade e a utilidade do provimento jurisdicional invocado, além da adequação deste à proteção do direito reclamado. Isto quer dizer que a via judicial só pode ser buscada quando necessária, ou seja, quando as forças do direito material se mostraram insuficientes para solucionar a controvérsia. E a utilidade corresponde à aferição, no plano concreto, de que o provimento jurisdicional invocado será útil para assegurar o bem da vida pretendido pelo autor. Os requisitos da necessidade e da utilidade se colocam no plano da economia processual, porquanto a função jurisdicional, que demanda dispêndio e energias, só pode ser ativada se for efetivamente necessária e útil.

Por sua vez, o requisito da adequação significa que o provimento jurisdicional invocado deve ser adequado à proteção do direito material, cabendo ao autor escolher, entre as vias processuais previstas no ordenamento jurídico, a que for apta à tutela de um determinado interesse.

58. É a posição, por exemplo, da Professora Linda Mullenix, da Universidade do Texas, que extrai esse entendimento da própria Regra n. 23 e das considerações da *Advisory Committee*, afirmando que a prevalência das questões comuns não é suficiente em si para justificar a ação de classe sub (b-3), porquanto outro método de tratamento dos litígios pode resultar mais vantajoso: v. Rule 23, *Advisory Committee Notes*, 1966 Amendment, Subdivision (b)(3), in *Federal Civil Judicial Procedure and Rules*, West Group 1999, p. 123.

Não é difícil, assim, estabelecer a correlação entre a exigência de “superioridade” da ação de classe, em relação a outros meios de solução dos litígios (própria da *common law*), com o “interesse-utilidade” e o “interesse-adequação” da *civil law*. Se o provimento jurisdicional resultante da ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos não é tão eficaz quanto aquele que derivaria de ações individuais, a ação coletiva não se mostra útil à tutela dos referidos interesses. E, ademais, não se caracteriza como a via adequada à sua proteção.

Explique-se: a ação civil pública de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, como é notório, conduz a uma sentença condenatória, genérica, que reconhece a responsabilidade do réu pelos danos causados e o condena a repará-los às vítimas ou a seus sucessores, ainda não identificados (art. 95 do CDC). Segue-se uma liquidação da sentença, a título individual, em que caberá provar, aos que se habilitarem, o dano pessoal e o nexo de causalidade entre este e o dano geral reconhecido pela sentença, além de quantificar os prejuízos.⁵⁹

A prova do dano pessoal e do nexo causal pode ser tão complexa, no caso concreto, que tornará praticamente ineficaz a sentença condenatória genérica do art. 95, a qual só reconhece a existência do dano geral. Nesse caso, a vítima ou seus sucessores deverão enfrentar uma fase de liquidação tão complicada quanto uma ação condenatória individual, até porque ao réu devem ser asseguradas as garantias do devido processo legal, notadamente o contraditório e a ampla defesa. E a via da ação coletiva terá sido inadequada para a obtenção da tutela pretendida.

Nem todas as ações civis públicas em defesa de direitos individuais homogêneos trarão a mesma dificuldade. Pense-se num pedido de restituição de um tributo inconstitucional a uma categoria de contribuintes, ou de devolução de mensalidades escolares pagas em excesso, ou ainda de pagamento de uma diferença devida pela Previdência Social ou por Bancos na aplicação de índices de correção monetária. Nesses casos, e em muitos outros, o reconhecimento do dano geral será extremamente útil e adequado para liquidações que demandarão prova bastante simples.

59. Observei anteriormente que o veto presidencial ao parágrafo único do art. 97 do CDC (“A liquidação da sentença, que será por artigos, poderá ser promovida no domicílio do liquidante, cabendo-lhe provar, tão só, o nexo de causalidade, o dano e seu montante”) foi inócuo. Deixando de lado a questão da competência – que motivou o veto e que deve ser resolvida com base no art. 101, I, do CDC – é da própria natureza da sentença condenatória do art. 95 que a liquidação se faça por artigos e demande a prova do dano individual e do nexo causal, além da quantificação dos prejuízos: v. Ada Pellegrini Grinover, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, cit., p. 788. Sobre essa peculiar modalidade de liquidação, escreveu Cândido Rangel Dinamarco, *As três figuras da liquidação de sentença*, In: José Carlos Barbosa Moreira (coord.). *Estudos de Direito Processual em memória de Machado Guimarães*, Forense: Rio de Janeiro, 1997, p. 85-112.

O problema situa-se especificamente no campo dos danos provocados por vícios do produto ou por ato ilícito e está restrito à ação reparatória pelos prejuízos individualmente sofridos (a chamada “ação de classe brasileira”): ou seja, exatamente à ação prevista no art. 91 e ss. do CDC, a qual corresponde à *class action for damages* do sistema norte-americano.

Mesmo com relação a estas ações de classe, a prova do nexo causal pode ser simples: na queda de um avião, num acidente provocado pelo desmoronamento de um edifício, na explosão de uma fábrica, na lesão aos consumidores por diferença de peso no produto vendido, a utilidade da sentença coletiva será inquestionável. Mas em outros casos, tudo deverá ainda ser provado na fase de liquidação, tornando uma falácia a sentença condenatória genérica.

Alguns exemplos darão a medida desta assertiva: tomem-se, em primeiro lugar, os próprios casos da experiência norte-americana, relativos à reparação dos danos provocados pela discriminação racial, pela prótese de pênis, pela contaminação do sangue e pelo asbesto.

As considerações dos tribunais dos Estados Unidos da América, incluindo a Suprema Corte, deixam patentes os problemas que ações de classe desse tipo apresentam, constituindo uma barreira insuperável à eficácia e justiça da decisão coletiva.

Parece possível estabelecer uma correlação entre o requisito da “prevalência” dos aspectos comuns e o da “superioridade” (ou eficácia) da tutela por ações de classe. Quanto mais os aspectos individuais prevalecerem sobre os comuns, tanto mais a tutela coletiva será inferior à individual, em termos de eficácia da decisão. Na linguagem do Código de Defesa do Consumidor, quanto mais heterogêneos os direitos individuais, tanto menos útil a sentença genérica do art. 95 e inadequada a via da ação civil pública reparatória de danos individuais. Assim, no nosso sistema jurídico, à impossibilidade jurídica do pedido acrescentar-se-á frequentemente a falta de interesse de agir (interesse-utilidade e interesse-adequação).

8. *Técnica processual e efetividade do processo: a eficácia e a justiça das decisões*

Examinamos anteriormente os requisitos da prevalência das questões comuns e da superioridade (ou eficácia) da decisão coletiva à luz da categoria das condições da ação. Mas a técnica processual está a serviço do processo, para que este atinja seus escopos não só jurídicos (de solução das controvérsias de direito material), mas também sociais (de pacificar com justiça) e políticas (de participação, inclusive pelo contraditório). E é pela técnica processual que se asseguram os fins últimos da jurisdição. Por isso, a técnica processual deve ser constantemente revisitada, com vistas a garantir a eficácia da prestação jurisdicional.

Isso significa que o requisito da superioridade da tutela coletiva, em termos de “justiça e eficácia da decisão” (Regra n. 23, b-3, das *Federal Rules* de 1966),

colocado acima como interesse-utilidade e interesse-adequação, deve também ser examinado enquanto exigência da função social do processo, entendido como instrumento que efetivamente leve à pacificação com justiça.

Entramos agora num dos temas mais caros à moderna processualística brasileira, o da efetividade do processo e de sua instrumentalidade material, a transformá-lo num instrumento aderente à realidade social subjacente e apto à efetiva solução das controvérsias de direito material.

Uma sentença genérica que não seja idônea a pacificar com justiça e um processo coletivo incapaz de solucionar a controvérsia de direito material não podem encontrar guarida num ordenamento processual moderno, como o é o brasileiro. A técnica processual deve ser utilizada, então, para evitar e corrigir eventuais desvios de caminho de um processo que há de ser aderente à realidade social.

Reforça-se, assim, a necessidade de lançar mão de institutos como as condições da ação, para evitar que o processo leve a um resultado ineficaz (em termos de utilidade da decisão), inadequado (em termos de correspondência entre a pretensão de direito material e a tutela pretendida) ou injusto (em termos de limitação ao contraditório). Ou para corrigir o seu rumo, a qualquer momento, porquanto é sabido que não há preclusão sobre as condições da ação ou sobre as garantias do devido processo legal, que devem ser amplamente asseguradas ao réu no processo de liquidação.

Nos casos em que a sentença genérica do art. 95 do CDC for de utilidade tão diminuta, a ponto de ser inadequada para solucionar a controvérsia com justiça, a aferição do interesse-utilidade e do interesse-adequação transcenderá o âmbito da técnica processual, para se inscrever como exigência da efetividade do processo.

Não será demais lembrar que um provimento jurisdicional desprovido de utilidade prática desprestigia o processo e constitui um engodo para a generosa visão do acesso à justiça. O acesso à justiça não pode ser uma promessa vã. Facilitá-lo, por intermédio de ações coletivas, é um grande avanço, assimilado pelo direito processual brasileiro. Mas admitir ações civis públicas inidôneas para gerar provimentos jurisdicionais efetivamente úteis, só pode levar ao descrédito do instrumento, à frustração dos consumidores de justiça, ao desprestígio do Poder Judiciário.

9. *Aplicabilidade dos requisitos de "prevalência" e "superioridade" (ou eficácia) à ação civil pública reparatória dos danos individualmente sofridos*

O direito comparado tem inegável utilidade em todas as disciplinas jurídicas. Da comparação entre institutos estrangeiros e nacionais, salientando-se suas diferenças e suas similitudes, surge o melhor entendimento do direito pátrio e a inspiração para seu constante aperfeiçoamento.

É evidente que as soluções estrangeiras não podem ser importadas mecanicamente, porquanto cada sistema tem peculiaridades próprias e a realidade social, política e econômica pode variar muito de um país para outro. Mas a experiência alienígena, ao enfrentar e encaminhar soluções para problemas comuns, não deve ser desprezada.

Os Estados Unidos da América têm uma longa tradição de ações coletivas. Sobre a *class action for damages*, na nova regulamentação das *Federal Rules* de 1966, os tribunais norte-americanos vêm trabalhando há mais de cinquenta anos. O Brasil não pode simplesmente desconhecer essa experiência.

Não se trata, aqui, de acolher incondicionalmente as particularidades de institutos estrangeiros. Quando o Código de Defesa do Consumidor, em 1990, introduziu no ordenamento brasileiro a ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos,⁶⁰ inspirou-se sem dúvidas nas *class actions for damages* norte-americanas, mas adotou uma disciplina original, como se pode ver, por exemplo, pela inexistência do *opt out*, pelo tratamento diverso à *fluid recovery*, pela adoção de uma coisa julgada *erga omnes*, mas só para beneficiar os titulares dos direitos individuais, que ainda podem mover suas ações pessoais, após a improcedência da demanda coletiva.⁶¹

Mas se a realidade fática é a mesma, se as questões práticas são semelhantes, se há princípios gerais comuns (acesso à justiça, efetividade do processo, justiça das decisões, devido processo legal), certamente a experiência estrangeira poderá oferecer parâmetros de inegável utilidade.

Assim é com os requisitos da prevalência dos aspectos comuns sobre os individuais, e da superioridade da tutela coletiva em termos de justiça e eficácia da decisão, no tocante à *damage class action*, à qual corresponde a ação civil pública reparatória dos danos individualmente sofridos.

A única diferença no tocante à “superioridade” é que esta é exigida num ordenamento em que se privilegiam, mais do que no brasileiro, os aspectos individuais sobre os sociais. Por isso é que, nos Estados Unidos da América, entre um processo coletivo, de eficácia igual à dos processos individuais, se dá preferência a estes. No Brasil é diferente: a tendência é passar cada vez mais de um processo individualista

60. Precedentemente, a Lei 7.913, de 07.09.1989, havia instituído uma forma de *class action* para a tutela dos interesses dos investidores no mercado de valores mobiliários, mas restringiu ao Ministério Público a legitimação para agir e deu à matéria um tratamento bem diferente do adotado pelo Código.

61. Ver, sobre as peculiaridades da ação de classe brasileira, em comparação com a norte-americana, Ada Pellegrini Grinover, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, cit., p. 766-769, 793-794, 803-809, etc.

para um processo social, acompanhando-se nesse ponto as tendências do direito material.

Mas, mesmo no Brasil, não se poderá dar preferência aos processos coletivos, se estes não se revestirem de eficácia, no mínimo igual, à que pode ser alcançada em processos individuais. Se uma sentença coletiva não servir para facilitar o acesso à justiça, se os indivíduos forem obrigados a exercer, num processo de liquidação, as mesmas atividades processuais que teriam que desenvolver numa ação condenatória de caráter individual, o provimento jurisdicional terá sido inútil e ineficaz, não representando qualquer ganho para o povo.

Com essas observações, tenho sustentado, em via doutrinária, que os requisitos da prevalência dos aspectos comuns sobre os individuais e da superioridade (*rec-tius*, eficácia) da tutela coletiva sobre a individual encontram plena aplicação à ação civil pública reparatória dos danos individualmente sofridos, devendo ser exigidos no juízo de admissibilidade correspondente, a fim de se preservar a efetividade do processo.

10. A HETEROGENEIDADE DOS DIREITOS INDIVIDUAIS DEFENDIDOS NO CASO CONCRETO

O que se disse acima aplica-se como uma luva aos direitos individuais tratados coletivamente na presente ação: “eles não são homogêneos, mas heterogêneos”. A sentença condenatória genérica pretendida pelo Ministério Público não terá qualquer utilidade, em relação aos danos materiais, pois cada torcedor está numa situação pessoal muito peculiar e diferente da de outros: deverá provar, em liquidação, que efetivamente foi prejudicado pela nova classificação, o que só se pode verificar provando de que time é torcedor (dado que torcedores de outros times, que nada têm a ver com a velha ou nova classificação, não sofreram qualquer prejuízo), as partidas para as quais comprou ingressos ou pagou pelo *pay-per-view*; se esses jogos envolviam os times colhidos pela primeira ou segunda classificação: uma prova diabólica, enfim, que corresponde a uma ação reparatória individual.

Chega-se, assim, a outras conclusões parciais:

“12. Os direitos individuais que o Ministério Público almeja defender não são homogêneos, mas heterogêneos, dada a prevalência das questões individuais sobre as comuns, não podendo ser tratados coletivamente (impossibilidade jurídica ou falta de interesse-adequação).

13. A sentença coletiva genérica de nenhuma valia será (ineficácia) quanto aos danos patrimoniais cujo ressarcimento se requer, pois cada liquidação corresponderá a uma ação de conhecimento individual, faltando no caso interesse-utilidade na tutela coletiva”.

VI. DA IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAR PEDIDOS DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS DIFUSOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E DA IMPOSSIBILIDADE DE PLEITEAR INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS PARA TITULARES DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

1. *Impossibilidade de cumulação de danos morais coletivos por direitos difusos e individuais homogêneos*

É preciso considerar que, quando a lei permitiu a tutela coletiva (em sentido lato) de interesses tipicamente individuais buscou, dentre outros, a ampliação do acesso à Justiça, mediante a amplificação dos efeitos de uma decisão de forma “molecular”, para empregar terminologia lançada por Kazuo Watanabe. Mas, a lei nunca deixou de considerar a dimensão individual que reside em tais interesses – ainda que com relevante dimensão social. Permitir que a somatória de interesses individuais perfeitamente delimitados, divisíveis e inclusive disponíveis, se transforme em interesses substancialmente coletivos é desvirtuar o espírito da lei, enveredando-se para uma indesejável e até perigosa invasão estatal em valores que pertencem e devem ser tutelados pelos indivíduos. Tratar direitos individuais processualmente como coletivos não autoriza a dizer que direitos individuais sejam coletivos.

Conforme bem apontou Elton Venturi, “o sistema processual viabiliza, excepcionalmente, a proteção de direitos individuais (desde que homogêneos) pela via coletiva, renunciando a efetividade do acesso à justiça de pretensões de milhares de pessoas que, a depender da precariedade dos canais de acesso individual ao Judiciário, jamais buscariam a tutela estatal – aliás, sequer tomariam conhecimento acerca da existência de seus direitos. Por outro lado, *condiciona-se a tutelabilidade desses direitos individuais à mera declaração (a sentença condenatória genérica corresponde a pouco mais do que isso), em função da premissa de que a imediata e direta fruição, por parte dos indivíduos beneficiados, de qualquer provimento judicial implicaria ‘prejudicá-lhe a liberdade de opção pelo exercício ou não do direito material’*”⁶² (destaquei).

Bem por isso é que não podem ser cumuladas, em ação movida pelo legitimado à defesa de direitos individuais homogêneos, pretensão a condenação por suposto dano moral coletivo com base nos mesmos fatos que autorizariam a condenação por suposto dano moral individual. Considerando que o adequado representante obviamente não é o titular da indenização pelo dano coletivo no plano substancial,⁶³ tal cumulação representaria inclusive indevido *bis in idem*.

62. Elton Venturi, *Processo civil coletivo – A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 258-259.

63. Assim na doutrina, exemplificativamente, Paulo Eduardo Alves da Silva, *Comentários à lei da ação civil pública e lei de ação popular* (coord. Susana Henriques da Costa), São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 497.

Conforme bem apontou Flávio Luiz Yarshell especificamente nessa matéria,⁶⁴ com apoio em doutrina de Arruda Alvim, não pode haver duplicidade de condenações pelos mesmos fatos.

2. *Impossibilidade de dano moral coletivo nos direitos individuais homogêneos*

Por outro lado, é incabível cogitar de dano moral coletivo, requerido a título de proteção de direitos individuais homogêneos. Para os indivíduos – e a proteção de direitos individuais homogêneos, embora tratada coletivamente na primeira fase, é sempre individual – não pode haver outro dano moral que não seja o individual, pois se trata de reparação dos danos pessoalmente sofridos. O dano moral coletivo visa a indenizar a coletividade que foi atingida em sua moral. Na tutela dos direitos individuais homogêneos, qual seria a coletividade lesada, a título de danos morais, para além dos indivíduos que foram pessoalmente atingidos? Nenhuma.

Por isso, a indenização por danos morais, na tutela dos direitos individuais homogêneos, só pode cingir-se às pessoas individualmente lesadas, não havendo que cogitar-se de outra coletividade, que não a composta pelos membros do grupo, que possa ser atingida por dano moral coletivo. Conforme observou Teori Albino Zavascki, “considerando que o patrimônio moral é pessoal e indivisível, não se pode negar que o direito à reparação tem a natureza de direito subjetivo individual, podendo, se for o caso, ser tutelado em demandas particulares”⁶⁵ (*destaquei*).

E, nesse particular, não é possível confundir um possível e eventual dano moral coletivo que se vincula a direitos difusos ou coletivos (em sentido estrito), de um lado, com o eventual dano moral sofrido individualmente pelas pessoas, em caso de direitos individuais homogêneos, de outro.⁶⁶ Mesmo quando a jurisprudência reconhece a possibilidade de um dano moral coletivo, entende-se que ele “deve ser averiguado ‘de acordo com as características próprias aos interesses difusos e coletivos’, distanciando-se quanto aos caracteres próprios das pessoas físicas que compõem determinada coletividade ou grupo determinado ou indeterminado de pessoas (...)”.⁶⁷ Portanto, o adequado representante poderia, quando muito, pe-

64. Flávio Luiz Yarshell, Observações a propósito da liquidação na tutela de direitos individuais homogêneos. *Repertório de jurisprudência e doutrina – atualidades sobre liquidação de sentença*, São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 159.

65. Teori Albino Zavascki, *Processo coletivo – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, 4. ed., São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 43.

66. Essa distinção foi bem lembrada por Leonardo Roscoe Bessa, Dano moral coletivo, *RDC*, n. 59, ano 15, p. 85-86, São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2006; e repetida por Xisto Tiago de Medeiros Neto, *Dano moral coletivo*, São Paulo: LTr, 2007, p. 171.

67. STJ, REsp 1.057.274/RS, 2.ª T., j. 01.12.2009, rel. Min. Eliana Calmon.

dir condenação genérica para indenização do dano moral sofrido individualmente; mas nunca condenação relativa a um dano moral coletivo.

Mais duas conclusões parciais:

“14. Não é possível cumular pedido de indenização por danos morais coletivos com indenização por danos morais individuais homogêneos, pois do mesmo fato não podem surgir duas indenizações distintas (mas da mesma espécie) sob pena de *bis in idem*.”

15. Não é possível cogitar-se de uma indenização por danos morais coletivos na defesa de direitos individuais homogêneos, porque não existe coletividade diferente dos membros do grupo, categoria ou classe de pessoas que vão ser indenizados por danos morais individuais.”

VII. DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS. FALTA DE INDICAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR E DE FUNDAMENTO RAZOÁVEL PARA O CÁLCULO. INFRINGÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

1. *Em relação ao dano moral difuso, em primeiro lugar há que se observar que o Ministério Público não fundamenta o pedido claramente nos fatos que teriam ocasionado o referido dano*

Em que consistiria o dano moral sofrido, que não fosse a título individual? Qual seria a coletividade de torcedores supostamente prejudicados pela pretensa violação a direitos difusos?

O pedido é inepto, pois não indica claramente a *causa petendi*, não permitindo o exercício do direito de defesa. Hoje a doutrina já assentou pacificamente a tese de que o objeto do processo é fixado pelo pedido mais a causa de pedir.

Quando se fala do “objeto do processo” – como determinante dos limites e do alcance da autoridade da coisa julgada – pensa-se na “pretensão” contida na demanda apresentada ao juiz, isto é, no “mérito”.⁶⁸ Desses conceitos – muito caros à doutrina alemã – já houvera tratado Leo Rosenberg, afirmando textualmente que os significados de “objeto litigioso”, “pretensão” e “objeto da pretensão” são puramente processuais, identificando-se com a ideia de “pedido e causa de pedir” (“circunstâncias de fato propostas para seu fundamento”).⁶⁹

68. Entre nós, Cândido Dinamarco é daqueles que mais se dedicou às investigações acerca do “objeto do processo”, inclusive procedendo a amplo exame da doutrina alemã que se debruçou sobre o *streitgegenstand* ou “objeto litigioso” (*O conceito de mérito em Processo Civil, fundamentos do Processo Civil moderno*, São Paulo: Ed. RT, 1987, passim).

69. Leo Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, trad. Angela Romera Vera, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1955, t. II, p. 27 e ss.

A propósito do tema, entre nós, escreveu José Rogério Cruz e Tucci que, após minudente exame da matéria, assim concluiu:

“O objeto litigioso do processo, portanto, identifica-se com a circunstância jurídica concreta deduzida em juízo *in statu assertionis*, e que aflora individualizada pela ‘*situação de fato*’ contrária ao modelo traçado pelo direito material”⁷⁰ (*destaquei*).

Nessa mesma linha de raciocínio, lembre-se, também, que o art. 468 do CPC brasileiro estabelece que “a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei ‘nos limites da lide e das questões decididas’”. A “lide”, para esses fins, conforme observou Ernane Fidélis dos Santos, “encontra seus limites objetivos no pedido e na causa de pedir”.⁷¹

É esta a teoria acolhida pelo sistema brasileiro, pois o art. 282, III, do CPC determina expressamente que da petição inicial constem os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido.

Em suma, nenhum pedido pode ser apreciado pelo juiz sem a indicação clara e concreta dos fatos em que se fundamenta.

2. *Os critérios para quantificação do dano moral*

Os incisos V e X do art. 5.º da CF/1988 tomaram clara posição quanto à prevalência da finalidade compensatória, “proporcional ao agravo”, da reparação do dano moral.⁷² E, fixando o “critério da proporcionalidade” da reparação em relação ao agravo (art. 5.º, V), a Constituição adotou francamente o princípio de que a indenização, além de seu caráter punitivo, guarda um caráter francamente “compensatório”.

Daí porque permanecem íntegros os princípios gerais que levam em conta elementos subjetivos e objetivos, tais como “a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e a repercussão da ofensa e a posição social, política do ofendido, além da intensidade do dolo ou o grau de culpa do responsável”.

70. José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, São Paulo: Ed. RT, 1993, p. 112.

71. Ernane Fidélis dos Santos, *Manual de direito processual civil*, São Paulo: Saraiva, 1997, vol. I, p. 529.

72. Já na clássica doutrina de Agostinho Alvim encontrava-se a ideia de que, no âmbito do dano moral, o dinheiro serve “para estabelecer certa *compensação*”. Segundo o referido autor, “se o prejuízo patrimonial varia e por isso requer compensação também variável, de modo a haver *proporção, do mesmo modo a indenização pelo dano moral teria que ser arbitrada segundo a maior ou menor intensidade da dor*”. E observava: “Ainda que ninguém alimente a pretensão de conceder satisfação exata, é certo que a ideia de *proporção não pode ser abandonada*” (Op. cit., p. 235-236) (*grifamos*).

A tais considerações convém apenas acrescentar que, na quantificação do dano moral, é decisivo o “papel do juiz”, a cujo “prudente arbítrio” (calcado nos critérios indicados) deve ser confiada tal mensuração. Nesse campo, como já lembrava Agostinho Alvim (falando mais amplamente de todo o direito obrigacional), dá-se ao juiz a “melhor oportunidade de exercitar o poder discricionário, que a lei lhe concede, a cada passo”. Convém lembrar as palavras do referido autor que afirmava:

“Nós estamos falando do *arbítrio inevitável*, isto é, *daquele que o juiz usa ao aplicar a norma flexível, praticando a chamada equidade individualizadora*, e não aquele arbítrio que pode importar menosprezo de critérios objetivos, como muito bem acentuou Liebman, dissertando acerca da livre apreciação da prova, por parte do juiz, segundo a regra do art. 118 do CPC”⁷³ (*grifamos*).

Daí porque, falar-se, na jurisprudência, que a indenização pelo dano moral se dá segundo “*prudente arbítrio dos juízes na fixação do quantum da condenação, arbítrio esse que emana da natureza das coisas*” e que deve resultar no que for “*arbitrado razoavelmente*”⁷⁴ (*grifamos*).

3. *Falta de critério e desarrazoabilidade do montante pleiteado a título de reparação pelo dano moral difuso*

3.1 Em relação ao dano moral difuso, o pedido fixa o montante em R\$56.000.000,00 (cinquenta e seis milhões de reais) a partir de uma estimativa baseada nos valores médios pagos aos clubes envolvidos nos fatos pela Rede Globo de Televisão em função dos direitos de transmissão dos jogos do Campeonato Brasileiro de Futebol. Os direitos de transmissão dos jogos nada têm a ver com eventual dano moral difuso dos torcedores. Os critérios que poderiam ser tomados por base, para eventual quantificação (que, como visto, deve sempre ser atribuída ao prudente arbítrio do juiz) são os indicados no n. 2 deste item do parecer, a que o Ministério Público sequer se referiu.

3.2 Ademais, a importância pedida foge totalmente ao bom senso e aos princípios de “proporcionalidade” e “razoabilidade”.

Seja-me permitida uma digressão sobre os mencionados princípios.

Os lindes entre o razoável ou irrazoável, em termos jurídicos, devem ser buscados no *princípio da proporcionalidade*.⁷⁵

73. Idem, p. 4, observando-se que o art. 118 a que faz alusão se refere ao CPC de 1939.

74. RF, 95/530.

75. Embora não se desconheça a diferença entre os princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*, não cabe aqui aprofundar a distinção. Basta lembrar que, para alguns, o princípio da proporcionalidade é uma faceta do da razoabilidade (Celso Antônio Bandeira de Mello,

A proporcionalidade, utilizada para a solução da colisão de princípios, deve advir de um juízo de ponderação entre os valores em jogo, mas há de ser sempre entendida como “justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados”. Assim, segundo a doutrina, a proporcionalidade deve levar em conta os seguintes dados:

“(i) *adequação*, ou seja a aptidão da medida para atingir os objetivos pretendidos; (ii) *necessidade*, como exigência de limitar um direito para proteger outro, igualmente relevante; (iii) *proporcionalidade estrita*, como ponderação da relação existente entre os meios e os fins, ou seja, entre a restrição imposta (que não deve aniquilar o direito) e a vantagem conseguida,⁷⁶ o que importa na (iv) *não excessividade*”.⁷⁷

Sobre o tema, José Joaquim Gomes Canotilho sustentou que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo comporta subprincípios constitutivos: (a) princípio da conformidade ou adequação de meios (*Geeignetheit*), que impõe que a medida seja adequada ao fim; (b) princípio da exigibilidade ou da necessidade (*Erforderlichkeit*) ou princípio da necessidade ou da menor ingerência possível, que impõem a ideia de menor desvantagem possível ao cidadão; (c) princípio da proporcionalidade em sentido restrito (*Verhältnismässigkeit*) importando na justa medida entre os meios e o fim⁷⁸ (*destaquei*).

Caio Tácito lembra que, no direito alemão, fala-se do princípio da proporcionalidade ou da “proibição do excesso”, ao mesmo se conferindo “*a natureza de norma constitucional não escrita, que permite ao intérprete aferir a compatibilidade entre meios e fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais*”.⁷⁹ (*destaquei*) E, nessa linha de raciocínio, Raquel Denize Stumm

Curso de direito administrativo, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 68), enquanto para outros a razoabilidade determina a consideração das condições pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos (exame concreto), e a proporcionalidade demanda a análise de dois bens jurídicos protegidos pela Constituição e a medida adotada para sua proteção (exame abstrato) (Humberto Bergmann Ávila, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, *RDAdm*, 215/173-176, com jurisprudência do STF e, ainda, Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos*, Brasília: Brasília Jurídica, 1.996, passim).

76. Luiz Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 209.

77. Humberto Bergman Ávila, *op. cit.*, p. 159.

78. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 3. ed., reimpr., Coimbra: Almedina, p. 264-265. Confira-se, também, Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 5. ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 360.

79. A razoabilidade das leis, *RDAdm* 204/1-7, p. 2, abr.-jun. 1996.

ressalta a atribuição, ao princípio da proporcionalidade, da natureza constitucional de princípio jurídico geral fundamental:

“Em sendo um princípio jurídico geral fundamental, o princípio da proporcionalidade pode ser expresso ou implícito à Constituição. *No caso brasileiro, apesar de não expresso, ele tem condições de ser exigido em decorrência da sua natureza*⁸⁰ (destaquei).

Como lembra o antes mencionado Paulo Bonavides, com apoio em autorizada doutrina, ocorre arbítrio toda vez que violado esse princípio quando os meios não são apropriados ao fim:

“Entende Muller que *há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta*”.⁸¹ (destaquei).

Aliás, sob esse aspecto, vale lembrar o pensamento de Karl Larenz, para quem, “*Não se trata aqui de outra coisa senão da ideia de justa medida, do ‘equilíbrio’, que está indissociavelmente ligada à ideia de Justiça*”⁸² (destaquei).

3.3 O princípio da proporcionalidade, ou da razoabilidade, tem sido amplamente reconhecido e aplicado pelo STF.

Ainda sob a égide da Constituição de 1967, com Emenda de 1969, o Supremo aplicou o princípio da proporcionalidade, embora sem esse nome, como critério para a limitação de restrições de direitos, deixando assentado que as medidas restritivas de direito não podem conter limitações inadequadas, desnecessárias e desproporcionais.⁸³ Referência expressa ao princípio, com a denominação de “critério de razoabilidade”, ocorreu no voto proferido pelo Ministro Rodrigues Alkmin, considerado o *leading case* em matéria de aplicação do princípio: ao manifestar-se sobre a Lei 4.116/1962, que estabelecia exigências para o exercício da profissão de corretor de imóveis, ficou assentado que o legislador somente poderia estabelecer condições de capacidade respeitando o critério de razoabilidade, devendo o Poder Judiciário aferir se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público.⁸⁴ E em 1984, dois outros julgados do Supremo pautaram-se pelo princípio da proporcionalidade: as Representações 1077 e 1054, sendo relator o Min. Moreira

80. *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 121.

81. Op. cit., p. 357.

82. *Metodologia da ciência do direito*, 3. ed., trad. José Lamego, Portugal-Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 684.

83. HC 45.232, rel. Min. Themístocles Cavalcanti, 1968 (RTJ 44/322).

84. Representação 930/DF, rel. Min. Rodrigues Alkmin, DJU 02.09.1977.

Alves. Na primeira, tratava-se da elevação da Taxa Judiciária no Estado do Rio de Janeiro, sob o prisma da razoabilidade, entendendo-se que o poder de tributar não pode ser exercido de forma excessiva.⁸⁵ Na segunda, cuidava-se da constitucionalidade do art. 86 da Lei 5681/1971, que vedava o exercício da advocacia aos juízes, membros do Ministério Público e servidores públicos civis e militares, durante o período de dois anos a contar da inatividade ou disponibilidade. Aqui também, a questão foi decidida com suporte no princípio da proporcionalidade, sustentando-se que a restrição estabelecida era desarrazoada.⁸⁶

Em termos mais recentes, a Suprema Corte editou relevantes julgamentos a respeito da proporcionalidade, notabilizados pela “abrangência material” que outorgaram a esse princípio.

Importante marco decisório configurou o julgamento do HC 76.060/SC.⁸⁷ Na oportunidade, a controvérsia reportava-se à investigação de paternidade e à possibilidade, ou não, de submissão compulsória do demandado ao fornecimento de sangue para o exame de DNA. A 1.^a T. do STF decidiu que, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, “(...) se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação (do demandado) na perícia substantivaria”.

Merece igual atenção a linha hermenêutica consolidada pela Suprema Corte pela qual estabelece interações entre a proporcionalidade e outros princípios aportados à nossa ordem com a promulgação da Constituição da República. Ao julgar a ADIn 4.425/DF,⁸⁸ o Tribunal Pleno decidiu a respeito da prioridade do pagamento, até certo limite, de precatórios devidos a titulares idosos ou que sejam portadores de doença grave. Em acordo com os fundamentos do aresto, a fixação da prioridade do pagamento do precatório àqueles titulares promoveria, “com razoabilidade”, a dignidade da pessoa humana, assim também a proporcionalidade, “(...) situando-se dentro da margem de conformação do legislador constituinte para a operacionalização da novel preferência subjetiva criada pela EC 62/2009”.

No Direito Administrativo sancionador, a Suprema Corte não se tem afastado do critério da proporcionalidade – mesmo nas hipóteses em que o exame da adequação da medida sancionadora dependa da reavaliação probatória ou configure ofensa reflexa à Constituição. Nessa esteira, o Supremo Tribunal, exercendo o *múnus* constitucional que lhe compete, não se abstém de tornar notória a sua orientação segundo a qual, no âmbito do processo administrati-

85. Representação 1077, rel. Min. Moreira Alves (RTJ 112/34).

86. Representação 1054, rel. Min. Moreira Alves (RTJ 110/967).

87. HC 76.060/SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 15.05.1998.

88. ADIn 4.425/DF, rel. Min. Ayres Britto, rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, DJe 19.12.2013.

vo disciplinar, “O controle pelo Poder Judiciário de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade não viola o princípio da separação dos poderes, podendo-se aferir a razoabilidade e a proporcionalidade da sanção aplicável à conduta do servidor”.⁸⁹

As políticas públicas também ensejaram a incidência do princípio em tela. No julgamento proferido para a ADPF 101/DF,⁹⁰ a Suprema Corte dedicou-se ao tema da importação de pneus e os reflexos verificados no âmbito da saúde pública. A controvérsia cingia-se à constitucionalidade de atos normativos proibitivos da citada importação. No decisório, o Tribunal Pleno considerou legítima a atuação estatal preventiva, moldada, sobretudo, na razoabilidade da adoção de políticas públicas que evitem causas do aumento de doenças graves ou contagiosas.

E, finalmente, julgados que se ajustam exatamente ao caso sob *sub examine*: no campo da responsabilidade civil – nomeadamente da “quantificação do dano” –, há múltiplos registros de que o STF invocou a observância dos juízos de proporcionalidade e razoabilidade como critério decisório a ser adotado pelos Tribunais brasileiros. No acórdão proferido para o AgRg no Ag no RE 721.793/RS,⁹¹ a Corte, apesar do enunciado da Súmula 279 do STF, deixou sublinhado ser recomendável que o “valor da indenização deve se mostrar adequado, ao propósito de atender aos objetivos da compensação do dano e o caráter pedagógico”, “levando-se em conta, ainda, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”. A mesma postura foi confirmada, ainda, no julgamento do AgRg no Ag no RE 722.179/RJ,⁹² bem como no aresto proferido para o AgRg no RE 717.894/SC.⁹³

Conclui-se, portanto, que:

“16. O pedido de indenização por danos morais coletivos, a título de direitos difusos, não pode ser apreciado pelo juiz, pois falta de indicação clara e concreta dos fatos em que se fundamenta.

17. A quantificação da reparação pelos alegados danos morais deve ficar a prudente arbítrio do juiz e não pode ser fixada na inicial.

18. A quantificação fixada na inicial não se baseia nos parâmetros objetivos que devem ser utilizados para esse fim e foge completamente aos princípios constitucionais de proporcionalidade e razoabilidade”

89. RE 634.900/PI AgR, rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* 22.05.2013.

90. ADPF 101/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, *DJe* 04.06.2012.

91. AgRg no Ag no RE 721.793/RS, rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 15.05.2013.

92. AgRg no Ag no RE 722.179/RJ, rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 15.05.2013.

93. AgRg no RE 717.894/SC, rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* 01.08.2013.

VIII. A CONDENAÇÃO GENÉRICA RELATIVA A DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E OS SUPOSTOS DANOS MATERIAIS A TORCEDOR ESPECTADOR DAS PARTIDAS ENVOLVENDO AS EQUIPES CONDENADAS PELA JUSTIÇA DESPORTIVA

1. *A natureza dos danos pleiteados e seu montante*

Pretende o Ministério Público, ainda, a condenação genérica da Confederação Brasileira de Futebol – CBF, à restituição em dobro (i) dos ingressos efetivamente pagos pelos torcedores das equipes que foram prejudicadas pela perda ilegal dos pontos, e (ii) dos pagamentos efetivamente realizados por conta da assinatura *pay-per-view* e assemelhados, em prol dos torcedores consumidores das equipes que foram prejudicadas pela perda ilegal dos pontos, decorrentes de flagrante vício de procedimento, nos termos do art. 95 da Lei 8.078 de 11.9.1990 (pedido de natureza condenatória genérica) (interesses individuais homogêneos dos torcedores consumidores)”, nos termos dos pedidos (j) e (k) da exordial. (f. da inicial).

Este dano pleiteado só pode ser, obviamente a título de “reparação de dano material e não moral”, pois se relacionaria com os valores efetivamente pagos pelos torcedores para assistir as partidas do Campeonato Brasileiro de Futebol, seja presencialmente, seja via contratação de canal pago de televisão.

O próprio Ministério Público assim sinaliza ao indicar, v.g., “ingressos efetivamente pagos” (f. da inicial), ou, em seus fundamentos, que “os danos patrimoniais decorrem das despesas que o torcedor teve com a aquisição do ingresso, do transporte, da alimentação e, ainda, que o torcedor pagante dos sistemas de transmissão tipo *pay-per-view* teve” (f. da inicial) (*destaquei*).

Ainda que se considerasse a possibilidade de aceitação de pedido implícito, como já se manifestou o STJ, é indispensável que haja, no bojo da petição inicial, “na descrição dos fatos e fundamentos jurídicos que amparam os pedidos”, ao menos menção à tutela jurisdicional que se pretende; no caso em tela, contudo, no tocante à natureza da reparação de danos aos torcedores espectadores, presencial ou via televisão em canal *pay-per-view*, “não há explicitação suficiente do dano de natureza moral, mas tão somente material”.

Assim sendo, não é cabível qualquer interpretação extensiva desse pedido para abarcar indenização além dos danos patrimoniais, materiais, portanto, que efetivamente teriam sofridos os torcedores que assistiram aos jogos nos estádios, ou os assinantes de canal pago, às partidas disputadas pelas equipes da Associação Portuguesa de Desportos e do Clube de Regatas do Flamengo.

Nesse sentido, há de se entender esse pedido como sendo de condenação genérica em âmbito coletivo – reconhecimento do *an debeatur* – de “dano material” causado ao consumidor espectador “tão somente das duas partidas”, uma da Associação Portuguesa de Desportos, e outra do Clube de Regatas do Flamengo, pelo

Campeonato Brasileiro de Futebol de 2013, nas quais houve perda de pontos das equipes por acionarem atletas que deveriam cumprir punição.

Vale frisa que o montante efetivamente pago por cada torcedor, conforme já sabido e anteriormente esclarecido – *quantum debeat* – seria fixado e executado somente em fase de liquidação e execução individual.

Tratando-se de reparação a título de danos materiais, voltada ao ressarcimento dos valores desembolsados pelos torcedores espectadores para lhes permitir assistir às duas partidas – seja nos estádios, seja pelos canais de televisão com assinatura paga – o fato é que, “se houver condenação genérica, essa deverá se limitar aos valores exatos que efetivamente foram desembolsados pelos torcedores para esse fim”.

Condenação a título de dano patrimonial a maior do que o dano sofrido é “enriquecimento ilícito do beneficiário”. Ainda que se, por hipótese, se cogitasse da aplicação da teoria dos *punitive damages* ao caso concreto, seria indispensável que a exordial justificasse tal pleito de condenação em dobro dos valores pagos, conforme já mencionado “supra”. Mas, pelo contrário, não há qualquer referência ou menção à razão pela condenação em dobro por danos materiais.

O esclarecimento de que a natureza dos danos pleiteados pelo Ministério Público é material é fundamental, pois na exordial há grande confusão desses danos com os de natureza moral. Como se nota, à altura da f. da inicial o Ministério Público aponta para ocorrência de danos morais dos torcedores das equipes Associação Portuguesa de Desportos e Clube de Regatas do Flamengo no seguinte sentido:

“Enquanto o dano moral estaria representado, v.g., pelo sofrimento suportado pelo torcedor, por saber que o ‘time do coração’ tinha perdido os pontos na última rodada do campeonato, por decisões da justiça desportiva das quais os torcedores não tinham sido previamente avisados, pode-se afirmar que a quebra de confiança foi gerada da não observância da lei federal que impõe a publicidade dos atos da justiça desportiva no sítio eletrônico da entidade” (f. da inicial).

Essa menção a dano moral dos torcedores, frisa-se, não redundava em pedido expresso de condenação genérica a título de defesa de direitos individuais homogêneos, mas tão somente a título de defesa de direitos difusos, conforme já evidenciado anteriormente nesse parecer.

E ainda que, por hipótese, fosse possível relacionar o fundamento acima transcrito com o pleito de dano moral de natureza individual homogênea, resta evidente que ele não guarda relação com os torcedores que efetivamente assistiram às partidas, tal como decorre dos pedidos (j) e (k) da inicial do Ministério Público, pois diz respeito à perda de pontos e não à assistência às partidas.

Ademais, quanto à indenização por dano moral a título individual decorrente de partidas de futebol profissional, o STJ tem importante precedente – ainda que relativo a outro tema, qual seja, erro de arbitragem – cujos fundamentos podem ser

muito bem aplicados ao caso tem tela. Nota-se que, segundo expressamente pontua o julgador, “*Não há cogitar em danos morais a torcedor pelo resultado indesejado da partida. (...) Para sua caracterização é imprescindível a constatação de lesão a direito da personalidade, não se confundindo com dissabor pelo resultado do jogo, situação inerente à paixão futebolística*” (destaquei).

Trata-se do REsp 1.296.944/RJ 2011, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, assim ementado:

“Estatuto do Torcedor e responsabilidade civil. Recurso Especial. Pênalti não marcado. Compensação por alegados danos morais decorrentes de erro de arbitragem grosseiro. Não intencional. Ainda que com o condão de influir no resultado do jogo. Manifesto descabimento. Erros ‘de fato’ de arbitragem, sem dolo, não são vedados pelo Estatuto do Torcedor, a par de ser invencível a sua ocorrência. Não há cogitar em danos morais a torcedor pelo resultado indesejado da partida. Dano moral. Para sua caracterização é imprescindível a constatação de lesão a direito da personalidade, não se confundindo com dissabor pelo resultado do jogo, situação inerente à paixão futebolística.

1. O art. 3.º do Estatuto do Torcedor estabelece que se equiparam a fornecedor, nos termos do Código de Defesa do Consumidor – para todos os efeitos legais –, a entidade responsável pela organização da competição, bem como aquele órgão de prática desportiva detentora do mando de jogo. Todavia, para se cogitar em responsabilidade civil, é necessária a constatação da materialização do dano e do nexo de causalidade.

(...)

5. A derrota de time de futebol, ainda que atribuída a erro ‘de fato’ ou ‘de direito’ da arbitragem, é dissabor que também não tem o condão de causar mágoa duradoura a ponto de interferir intensamente no bem-estar do torcedor, sendo recorrente em todas as modalidades de esporte que contam com equipes competitivas. Nessa esteira, consoante vem reconhecendo doutrina e jurisprudência, mero dissabor, aborrecimento, contratempo, mágoa – inerentes à vida em sociedade –, ou excesso de sensibilidade por aquele que afirma dano moral, são insuficientes à caracterização do abalo, tendo em vista que este depende da constatação, por meio de exame objetivo e prudente arbítrio do magistrado, da real lesão a direito da personalidade daquele que se diz ofendido”.

Especificamente quanto a direitos individuais homogêneos, portanto, “a única pretensão cinge-se a danos materiais relativos aos valores pagos pelos espectadores para a assistência das duas partidas. Assim sendo, não há qualquer justificativa para condenação em dobro do valor devido, sob pena de gerar enriquecimento sem causa”.

Diante disso, é possível extrair as seguintes conclusões parciais:

“19. Os supostos danos a direitos individuais homogêneos pleiteados são de natureza exclusivamente material, relativos aos valores desembolsados pelos espec-

tadores para lhes permitir assistirem às duas citadas partidas, seja presencialmente, nos estádios, seja via canais pagos de televisão (*pay-per-view*). Assim sendo, está excluída da presente demanda a possibilidade de condenação a título de danos morais relativos a direitos individuais homogêneos.

20. Logo, o montante da indenização a ser pleiteada deverá restringir-se aos valores efetivamente pagos por cada torcedor, e não à restituição em dobro, o que configuraria enriquecimento sem causa”.

Vale ainda reiterar outras três conclusões já lançadas nesse parecer acerca do pedido de natureza condenatória a título de danos individuais homogêneos para reforçar o seu não cabimento:

“i) Não é cabível a cumulação de pedidos de indenização por danos morais coletivos com indenização por danos morais individuais homogêneos, sob pena de *bis in idem*.

ii) O Ministério Público não goza de legitimidade ativa *ad causam* para defender interesses de torcedores pagantes que assistiram às partidas, uma vez que tal relação jurídica, ainda que individual homogênea, não é marcada pela característica de relevância social que justificaria a atuação coletiva do *parquet*.

iii) Ainda que procedente o pedido de condenação genérica ao ressarcimento dos torcedores espectadores, a diversidade presente na fase de liquidação individual de sentença coletiva é um verdadeiro impeditivo à efetividade da fase coletiva na qual se definiu o *an debeatur*, de modo que não há interesse-utilidade na tutela coletiva.”

2. *A ausência de nexo de causalidade ente a conduta da CBF e o pedido de ressarcimento aos torcedores espectadores*

Por se tratar de pedido voltado à indenização decorrente de responsabilidade civil, preliminarmente é necessário retomar as conclusões explicitadas à exaustão acerca do nexo de causalidade que deve ligar o causador do dano e a vítima; sem a comprovação desse nexo não há que se falar em legitimação *ad causam* nem mesmo em dever de reparar o dano. Na sequência, é ainda preciso analisar se de fato há dano a ser reparado.

Tal como visto “supra” – item II deste parecer – o nexo de causalidade é relevante para a definição de dois aspectos: (i) a legitimação *ad causam* e (ii) a própria responsabilidade civil do agente, no sentido do direito substancial.

Para que se configure a existência de causalidade entre o fato jurídico e a capacidade de ser réu (plano processual da legitimação passiva), ou mesmo do dever de indenizar (plano material da responsabilidade civil), é indispensável que esse réu tenha agido de forma a produzir efeitos, ou influenciado na sua produção, em evento ilícito ou danoso que atinja à parte autora (ou, no caso dos direitos individuais homogêneos, aos substituídos processuais).

Em breve síntese do que já fora extensivamente abordado “supra”, a CBF agiu no estrito cumprimento do que lhe impõem as normativas federais e administrativas ao dar cumprimento às decisões ditadas pela Justiça Desportiva, seja ao retirar os pontos das equipes punidas, seja ao divulgar a tabela final do Campeonato Brasileiro de Futebol de 2013 com o rebaixamento da Associação Portuguesa de Desportos. Por essa razão sustentou-se nesse parecer a falta de legitimidade passiva *ad causam* do ente, bem como qualquer responsabilidade acerca do referido rebaixamento à Série B.

No presente tópico o fato imputado à CBF relaciona-se ao pedido de indenização individual decorrente de suposto prejuízo sofrido pelos torcedores espectadores das duas partidas – presenciais ou assinantes de jogos em canais *pay-per-view*, e portanto é preciso analisar a existência ou não denexo de causalidade à luz de tais fatos.

Mais uma vez é preciso distinguir as multifacetadas relações jurídicas que se inserem nas complexas relações contemporâneas.

Não há como negar que o contrato que o torcedor estabelece ao comprar ingresso para assistir a uma partida no estádio de futebol, ou com as empresas de canais de televisão paga, *pay-per-view*, que transmitem as partidas, de fato se configura como típica relação de consumo, e a tais contratos se aplica a legislação consumerista. Mas para tanto é fundamental identificar o nexode causalidade entre a conduta imputada e os sujeitos envolvidos, bem como a caracterização subjetiva de fornecedor e consumidor. Sem uma dessas configurações não há que se falar em legitimação *ad causam* e muito menos em dever de indenizar.

A mais evidente e imediata relação jurídica, de natureza consumerista, que existe, é entre o torcedor e (i) as equipes que comercializam os ingressos para o acesso às partidas nos estádios (presencial), e (ii) as empresas de canais *pay-per-view* que transmitem as partidas contratadas (telepresencial). Nesse primeiro plano é fácil excluir qualquer relação jurídica com a CBF, e portanto afastar o nexode causalidade.

Mas, a legislação protetiva do consumidor admite ainda a solidariedade entre aqueles fornecedores que cooperam para o ilícito ao consumidor. Nas palavras de já citada Cláudia Lima Marques,

“O art. 3.º do CDC especifica que o sistema de proteção do consumidor considera como fornecedores todos os que participam da cadeia de fornecimento de produtos (nominados expressamente ‘toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos’) e a cadeia de fornecimento de serviços (o organizador da cadeia e os demais partícipes do fornecimento direto e indireto, mencionados genericamente como ‘toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes

despersonalizados, que desenvolvem atividades de (...) prestação de serviços'), não importando sua relação direta ou indireta, contratual ou extracontratual, com o consumidor."⁹⁴

Ou seja, é fato que para o Código de Defesa do Consumidor mesmo aquele que não integra diretamente o contrato de consumo pode vir a responder, solidariamente, por irregularidades na prestação do produto ou serviço. Contudo, essa "responsabilização não é automática ou desapegada de qualquer critério de causalidade"; pelo contrário, é condição *sine qua non* que o responsável "efetivamente tenha contribuído para a ilicitude na prestação do produto ou serviço contratado". Ou seja, a solidariedade não afasta o nexo de causalidade que deve vincular o consumidor ao terceiro chamado a responder pelo ilícito na prestação.

Voltemos aos fatos para a precisa análise da relação da CBF com os torcedores espectadores e os supostos danos materiais sofridos.

A CBF é responsável pelo planejamento e organização do Campeonato Brasileiro de Futebol, conforme já noticiado "supra". Ao lado dela, a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo, ou seja, um dos clubes que participou da partida, também tem responsabilidade para efeitos consumeristas, nos termos do Estatuto do Torcedor. Assim estabelece do art. 3.º da Lei:

"Art. 3.º Para todos os efeitos legais, equiparam-se a fornecedor, nos termos da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, a entidade responsável pela organização da competição, *bem como a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo (destaquei)*".

Como se nota, o Estatuto do Torcedor prevê um modelo de "responsabilidade bipartida", indicando a entidade responsável pela organização da competição, que no caso em tela de fato é a CBF, e ("bem como") a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo, qual seja, uma das equipes envolvidas na partida.

Tal como no raciocínio empreendido quando da análise do nexo de causalidade, "é preciso focar a conduta imputada para só então se identificar se tanto a entidade que organiza a competição quanto o clube com mando de jogo são solidariamente responsáveis".

Em referência às ideias desenvolvidas no item II deste parecer, em síntese, "não há que se falar em responsabilidade daquele que não agiu em concurso para que o produto ou serviço irregular fosse colocado no mercado, por absoluta falta de causalidade".

Muito embora a CBF de fato seja organizadora do Campeonato Brasileiro de Futebol, "são as entidades de prática desportiva detentoras do mando de jogo as responsáveis pela organização de cada partida, inclusive do ponto de vista do proveito econômico do evento".

94. Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 5. ed., 2006, p. 402.

Como aqui se trata de pedido de indenização a título de danos patrimoniais, o “vínculo econômico” que se estabelece entre o torcedor espectador e os clubes com mando de jogo é fundamental e imprescindível para se configurar o nexo de causalidade e o suposto dever de indenizar que dele decorre.

Nesse sentido, o Regulamento Geral das Competições da CBF, em seu art. 76, § 4.º, é expresso ao excluir qualquer renda originária das partidas à CBF:

“Art. 76. A renda bruta das partidas, após deduzidos os devidos tributos de ordem legal, dentre os quais se incluem os recolhimentos previdenciários em favor do INSS, sofrerá as seguintes deduções:

§ 4.º A CBF não participará da receita de quaisquer partidas das competições. (*destaquei*)”

Há, ainda, outros dispositivos nesse Regulamento que indicam ser de responsabilidade do “clube mandante da partida” o fornecimento dos ingressos para as partidas. Vejamos:

“Art. 83. Os ingressos das partidas serão emitidos pelo clube mandante, inclusive quanto à definição de fornecedores e carga; a Federação local poderá supervisionar, a seu critério, o processo de emissão e venda dos ingressos (*destaquei*)”.

E:

“Art. 76, § 3.º Quaisquer *despesas* acima do permitido neste artigo e seus parágrafos serão de *responsabilidade exclusiva do clube que tiver o mando de campo*, as quais não poderão ser repassadas ao clube visitante (*destaquei*)”.

Outro elemento conclusivo para essa responsabilização é a descrição dos borderôs ou boletins financeiros dos jogos, que são publicados no sítio eletrônico da CBF e atestam o não recebimento de renda decorrente das partidas por parte dessa entidade organizadora.

Daí decorre que “a interpretação ao art. 3.º do Estatuto do Torcedor não pode ser automática e desprovida de qualquer análise acerca do nexo de causalidade” para se definir se o fornecedor a ser acionado deverá ser a entidade que organiza a competição, ou o clube com mando de jogo. Especificamente quanto ao pedido de restituição de torcedor espectador, “em função sobretudo da distribuição das receitas decorrentes das partidas, o clube com mando de jogo é que guarda relação de causalidade com a pretensa restituição dos valores pagos pelos espectadores presenciais”.

Da mesma maneira ocorre quanto aos contratos de canais *pay-per-view* de transmissão das partidas do Campeonato Brasileiro de Futebol; a CBF, na qualidade de responsável legal pela organização e coordenação dessa competição, intervém nos contratos de televisão – inclusive sem a sua autorização expressa as partidas não podem ser transmitidas aos telespectadores –, mas “não tem nenhuma participação na arrecadação dos valores decorrentes da transmissão das partidas, nem nos canais *pay-per-view*”.

O não recebimento, pela CBF, de valores percebidos pelos canais pagos de televisão nos contratos celebrados por esses com os torcedores é um relevante indício da falta denexo de causalidade entre a conduta da CBF de organizadora da competição, e a relação de consumo que se estabelece entre as empresas de canais com programação *pay-per-view* e o torcedor espectador.

Em novas conclusões parciais, é possível aduzir que:

“21. A configuração do nexo de causalidade quanto ao pedido de indenização pelos gastos dos torcedores espectadores, que gera o dever de indenizar, não se relaciona com a atuação da CBF, mas sim com os clubes com mando de jogo, nas partidas presenciais, e com os canais de transmissão de jogos *pay-per-view*, nas partidas televisionadas aos torcedores contratantes desse produto.

22. Isto porque a CBF não pode ser condenada a “restituir” (e muito menos em dobro, o que sequer foi justificado) a arrecadação de ingressos pagos nas partidas presenciais ou a renda da transmissão de jogos *pay-per-view*, que não recebeu e não lhe são destinadas”.

3. *Inexistência de dano a ser reparado*

Além do nexo de causalidade, a comprovação efetiva do dano é indispensável para a reparação. Quanto ao tema da existência do dano, o Ministério Público confunde a conduta dos réus que levou ao rebaixamento de uma das equipes à Série B do Campeonato Brasileiro de Futebol, que é objeto do pedido de nulidade da decisão que gerou o rebaixamento e a consequente reintegração da equipe à Série A do Campeonato, com a ocorrência de suposto dano material aos torcedores que pagaram para assistir as duas partidas.

Não há relação de causa e efeito entre as duas situações acima apontadas. Para que houvesse dano ressarcível ao torcedor espectador seria “necessária a configuração de fato ou vício no produto” – partida de futebol – para só então se falar em dever de indenizar do fornecedor. Segundo a doutrina consumerista,

“Como nem toda obrigação de fazer é uma obrigação de resultado, algumas expressões do Código de Defesa do Consumidor terão necessariamente uma interpretação diferenciada conforme se trate de contrato de prestação de serviço ou de contrato de prestação de produto. Assim, por exemplo, o termo ‘vício’, do art. 18 ss, terá sentidos diferentes conforme a natureza da prestação: se ocorrer um vício do produto, este poderá se referir à quantidade, à qualidade ou à informação prestada; se for um vício do serviço, referir-se-á à sua ‘qualidade’ ou à sua informação; (...)”⁹⁵ (destaquei).

95. Idem, p. 428.

Qual teria sido o vício que ocasionou danos ao torcedor espectador? Embora já se tenha afastado, nesse parecer, a existência de violação ao direito básico do consumidor à informação, retomando a análise desse tema, agora sob a perspectiva do consumidor do produto “partida de futebol”, é preciso se valer, uma vez mais, da lição segura de Cláudia Lima Marques ao tratar de “vícios de informação ao consumidor”, ao aduzir que:

“O vício de informação caracteriza-se, segundo dispõe o art. 20, *in fine*, pela *disparidade entre as indicações constantes da oferta ou da mensagem publicitária e o serviço efetivamente prestado*”⁹⁶ (*destaquei*).

No caso em tela, a oferta do produto “partida de futebol” pela Série A do Campeonato Brasileiro não vincula o fornecedor a garantir, por exemplo, a escalação das equipes oponentes, nem mesmo o resultado do jogo; nesse sentido, a realização da partida ocorreu exatamente como ofertada.

Mais uma vez se equivocou o Ministério Público ao relacionar o fato das decisões da Justiça Desportiva com o suposto dano material ao espectador que assistiu às partidas das duas equipes envolvidas na polêmica do rebaixamento. Ainda que, em tese, houvesse irregularidade na forma de divulgação dos resultados dos julgamentos do STJD, esse fato não gerou, por si só, danos aos torcedores espectadores.

Isso porque as partidas efetivamente ocorreram. O torcedor que adquiriu o ingresso pôde assisti-las nos estádios, e o telespectador às respectivas transmissões, por parte das empresas fornecedoras das partidas. As partidas ocorreram sem qualquer irregularidade que pudesse ser relacionada como sendo vício no produto.

O produto comercial “partida de futebol” não garante que o torcedor-consumidor possa interferir, por exemplo, na escalação das equipes. Qualquer ilação além disto é descabida. Inclusive porque, vale repisar, os dois jogadores que deveriam cumprir pena de suspensão naquelas duas partidas, atuaram; ou seja, não há nem mesmo que se cogitar de possível dano ao torcedor que deixou de ver, irregularmente, por vício na forma de divulgação dos julgamentos da Justiça Desportiva, a participação de dois atletas de suas respectivas equipes.

Enfim, a última conclusão parcial:

“23. Considerando-se que as duas partidas de futebol foram realizadas regularmente, e os torcedores espectadores puderam assisti-las normalmente, não se configura vício no produto, de modo que se exclui a existência de dano material a ser ressarcido”.

96. *Idem*, p. 1176.

IX. CONCLUSÕES FINAIS

"A – Inexistência de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e ilegitimidade ativa do Ministério Público.

1. No caso em tela, não se trata de direitos difusos ou coletivos, porque a tutela requerida pelo Ministério Público não diz respeito à torcida brasileira como um todo, mas exclusivamente à torcida da Associação Portuguesa de Desporto. Trata-se inequivocamente de interesses contrapostos de membros de um mesmo grupo, classe ou categoria de pessoas (os torcedores em geral), pois se o time da Associação Portuguesa de Desportos for alçado à Série A do Campeonato Brasileiro de 2014, o time do Fluminense Football Club cairá para a Série B, contrariando os interesses de outros membros da coletividade de torcedores.

2. Pelas mesmas razões, não se trata de direitos individuais homogêneos, pois não pode haver homogeneidade entre direitos contrapostos, e muito menos relevância social em defender um grupo contra outro. Trata-se exclusivamente da defesa de interesses privados dos torcedores da Associação Portuguesa de Desportos, que nenhuma relevância social podem ter.

3. Consequentemente, o Ministério Público carece de legitimidade ativa para defender interesses que não são difusos, nem coletivos, nem individuais homogêneos, mas exclusivamente direitos disponíveis, sem qualquer relevância social.

B – Falta de representatividade adequada do Ministério Público

4. O juiz, reconhecendo a falta de representatividade adequada do Ministério Público no caso concreto, por não atuar ele como portador em juízo dos interesses de toda a coletividade de torcedores, litigando a favor de um grupo contra outro, da mesma categoria, pode negar-lhe legitimação, também por esse motivo.

C – Falta de nexo causal entre a conduta da CBF, o rebaixamento e os supostos danos

5. Embora se pretenda a desconstituição da decisão que gerou o rebaixamento da Sociedade Portuguesa de Desporto, e a indenização de danos materiais e morais, o nexo de causalidade só existe em relação à Justiça Desportiva, que é autônoma e independente nos julgamentos que profere, sem haver qualquer interferência ou ingerência da parte da CBF.

6. Assim sendo, o único corréu que ostenta nexo causal com a demanda é o STJD, pois tanto as condenações aos clubes quanto o rebaixamento da Sociedade Portuguesa de Desporto são decorrentes da conduta da Justiça Desportiva.

D – Atuação perfeitamente legal da CBF, no rigoroso cumprimento de seu dever. Falta de nexo causal e ilegitimidade passiva.

7. A CBF cumpriu fielmente o disposto no art. 35, § 2.º, do Estatuto do Torcedor e publicou em seu sítio eletrônico, como lhe cabia, os resultados dos julgamentos proferidos pela Justiça Desportiva nos processos envolvendo a Sociedade Portuguesa de Desporto e o Clube de Regatas do Flamengo.

8. Esse ato, realizado pela CBF na qualidade de organizadora do Campeonato Brasileiro de Futebol, não é considerado, pelo próprio Estatuto do Torcedor (art. 5.º) como direito básico de informação do torcedor, de forma que sua publicação prévia à partida não tem escopo de informar ao consumidor o resultado do julgamento; o que é indispensável para a validade e eficácia da notificação é que essa seja dirigida ao clube na audiência na qual foi proferido o julgamento.

9. Nesse sentido, não há qualquer conflito normativo entre o Estatuto do Torcedor e o CBJD; ambos são diplomas que convivem harmonicamente e têm âmbitos de aplicação distintos. Quanto à conduta da CBF descrita pelo Ministério Público na inicial, não há qualquer característica de relação consumerista, nem pelos sujeitos, nem pelo objeto.

10. Isso porque a relação que se estabelece entre a Justiça Desportiva e os Clubes, no âmbito dos processos administrativos disciplinares dos atletas, não se caracteriza como relação de consumo.

11. Ademais, à exaustão restou claro que o STJD e os órgãos que o compõem são autônomos e independentes, não se subordinando à CBF. Do ponto de vista donexo causal, o qual deve ser atendido para justificar a legitimidade ad causam, a CBF, ao simplesmente divulgar em seu sítio eletrônico decisão da Justiça Desportiva, em nada contribuiu para a concretização do suposto dano pleiteado, e, portanto, não pode ser alçada à parte legitimada para o processo, cabendo a sua imediata exclusão por falta de uma das condições da ação.

E – Direitos individuais heterogêneos dada a prevalência, no caso concreto, das questões individuais sobre as comuns. Impossibilidade jurídica ou falta de interesse-adequação. A ineficácia, no caso, da sentença genérica: falta de interesse-utilidade.

12. Os direitos individuais que o Ministério Público almeja defender não são homogêneos, mas heterogêneos, dada a prevalência das questões individuais sobre as comuns, não podendo ser tratados coletivamente (impossibilidade jurídica ou falta de interesse-adequação).

13. A sentença coletiva genérica requerida pelo Ministério Público de nenhuma valia será (ineficácia) quanto aos danos patrimoniais cujo ressarcimento se requer,

pois cada liquidação corresponderá a uma ação de conhecimento individual, faltando no caso interesse-utilidade na tutela coletiva.

F – Da impossibilidade de cumular pedidos de reparação de danos morais difusos e individuais homogêneos e da impossibilidade de pleitear indenização por danos morais coletivos para titulares de direitos individuais homogêneos.

14. Não é possível cumular pedido de indenização por danos morais coletivos com indenização por danos morais individuais homogêneos, pois do mesmo fato não podem surgir duas indenizações distintas (mas da mesma espécie) sob pena de *bis in idem*.

15. Não é possível cogitar-se de uma indenização por danos morais coletivos na defesa de direitos individuais homogêneos, porque não existe coletividade diferente dos membros do grupo, categoria ou classe de pessoas que vão ser indenizados por danos morais individuais.

G – Da indenização por danos morais coletivos. Falta de indicação da causa de pedir e de fundamento razoável para o cálculo. Infringência aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

16. O pedido de indenização por danos morais coletivos, a título de direitos difusos, não pode ser apreciado pelo juiz, por falta de indicação clara e concreta dos fatos em que se fundamenta.

17. A quantificação da reparação pelos alegados danos morais deve ficar a prudente arbítrio do juiz e não pode ser fixada na inicial.

18. A quantificação fixada na inicial não se baseia nos parâmetros objetivos que devem ser utilizados para esse fim e foge completamente aos princípios constitucionais de proporcionalidade e razoabilidade.

H – A condenação genérica relativa a direitos individuais homogêneos e os supostos danos materiais a torcedor espectador das partidas envolvendo as equipes condenadas pela Justiça Desportiva.

19. Os supostos danos a direitos individuais homogêneos pleiteados são de natureza exclusivamente material, relativos aos valores desembolsados pelos espectadores para lhes permitir assistirem às duas citadas partidas, seja presencialmente, nos estádios, seja via canais pagos de televisão (*pay-per-view*). Assim sendo, está excluída da presente demanda a possibilidade de condenação a título de danos morais relativos a direitos individuais homogêneos.

20. O montante da indenização a ser pleiteada deverá restringir-se aos valores efetivamente pagos por cada torcedor, e não à restituição em dobro, o que representaria enriquecimento sem causa.

21. A configuração do nexo de causalidade quanto ao pedido de indenização pelos gastos dos torcedores espectadores, que gera o dever de indenizar, não se relaciona com a atuação da CBF, mas sim com os clubes com mando de jogo, nas partidas presenciais, e com os canais de transmissão de jogos *pay-per-view*, nas partidas televisionadas aos torcedores contratantes desse produto.

22. Isto porque a CBF não pode ser condenada a “restituir” (e muito menos em dobro, o que sequer foi justificado) a arrecadação de ingressos pagos nas partidas presenciais ou a renda da transmissão de jogos *pay-per-view*, que não recebeu e não lhe são destinadas.

23. Considerando-se que as duas partidas de futebol foram realizadas regularmente, e os torcedores espectadores puderam assisti-las normalmente, não se configura vício no produto, de modo que se exclui a existência de dano material a ser ressarcido.”

Assim concluído o parecer, passo a responder aos quesitos formulados pela consultante:

1. Parte dos direitos cuja proteção o Ministério Público pretende na ação são difusos ou coletivos? Por quê?

R – “Não, conforme fundamentos expostos no parecer e conclusão n.1”.

2. Os direitos homogêneos defendidos pelo Ministério Público têm relevância social?

R – “Não, conforme fundamentos expostos no parecer e conclusão n. 2”.

3. O Ministério Público tem legitimidade ativa e representatividade adequada para a propositura da presente demanda em relação aos interesses difusos ou coletivos e individuais homogêneos?

R – “Não, conforme fundamentos expostos no parecer e conclusões n. 3 e 4”.

4. Os direitos individuais defendidos pelo Ministério Público são homogêneos?

R – “Não, conforme fundamentos expostos no parecer e conclusão n. 12”.

5. Em caso de resposta negativa ao quesito n. 4, qual a consequência processual?

R – “Falta de possibilidade jurídica ou interesse-adequação e falta de interesse-utilidade, conforme fundamentos expostos no parecer e conclusões n. 12 e 13”.

6. Há nexo causal entre a conduta da CBF e os alegados danos provocados aos torcedores?

R – “Não, conforme fundamentos expostos no parecer e conclusões n. 5, 6, 21, 22 e 23”.

7. A CBF poderia descumprir as determinações da Justiça Desportiva?

R – “Não, conforme fundamentos expostos no parecer e conclusões n. 7 e 8”.

8. Em caso de resposta negativa aos quesitos n. 6 e n. 7, a CBF é parte legítima para responder à ação?

R – “Não, conforme fundamentos expostos no parecer e conclusões n. 9, 10 e 11”.

9. Pode haver cumulação de pedidos de reparação por danos morais difusos ou coletivos e individuais homogêneos?

R – “Não, conforme fundamentos expostos no parecer e conclusões n. 14 e 15”.

10. Existe possibilidade de reparação coletiva por danos morais individuais homogêneos?

R – “Não, conforme fundamentos expostos no parecer e conclusões n. 12, 13 e 19”.

11. A condenação por danos morais difusos requerida pelo Ministério Público tem algum fundamento indicado na inicial? E é razoável?

R – “Não, conforme fundamentos expostos no parecer e conclusão n. 16, 17 e 18”.

12. No caso em tela, há dano material a ser ressarcido aos torcedores espectadores das equipes envolvidas? Se sim, é cabível condenação em dobro por dano dessa natureza?

R – “Não, conforme fundamentos expostos no parecer e conclusão n. 19, 20, 23 e 29”.

13. Há nexo de causalidade, e portanto responsabilidade civil por danos materiais, por parte da CBF, em relação aos torcedores espectadores das partidas?

R – “Não, conforme fundamentos expostos no parecer e conclusões n. 21 e 22”.

É o parecer.

São Paulo, 13.03.2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. Consumidor como agente econômico e beneficiário do fomento do desporto. Campeonato brasileiro de 2013. Perda de pontos. Ilegalidade. Flamengo e Portuguesa, de Roberto Senise Lisboa – *RDC* 92/471 (DTR\2014\1230);
- Ação processual desportiva na nova Constituição, de Álvaro Mello Filho – *RePro* 54/154 (DTR\1989\219); e
- As ações coletivas e o Estatuto de Defesa do Torcedor – o processo civil clássico na marca do pênalti, de Gustavo Osna – *RePro* 232/239 (DTR\2014\2183).

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA POR MUNICÍPIO
PARA INSERIR CLUBE DE FUTEBOL NO CAMPEONATO BRASILEIRO**

LUÍS ALBERTO THOMPSON FLORES LENZ

Procurador de Justiça.

Tribunal de Justiça – TJRS.

1.ª Câm. Especial Cível.

AgIn 70004725529

Agravante: CBF – Confederação Brasileira de Futebol.

Agravado: Município de Caxias do Sul.

Relator: Des. Palmeiro da Fontoura.

Ementa: Direito do consumidor – Inexistência – Ação civil pública ajuizada por Município para inserir clube de futebol no campeonato brasileiro – Ilegitimidade ativa do ente público e via processual inadequada – Autonomia da Justiça Desportiva sobre essa matéria.

Parecer do Ministério Público

Colenda Câmara:

Versa este recurso sobre um agravo de instrumento interposto pela CBF contra a decisão do insigne e sempre operoso julgador *a quo*, que deferiu tutela antecipada em ação civil pública ajuizada pelo Município de Caxias do Sul, objetivando inserir o Clube de Futebol “Caxias” no campeonato brasileiro.

Alega, em síntese, a entidade recorrente, que o provimento jurisdicional em questão é equivocado, pelos seguintes fundamentos: a ação civil pública não é o meio adequado para veicular a presente demanda; o Município de Caxias não está legitimado para ingressar com a presente ação; a CBF não tem legitimidade passiva para tal ação, eis que o ato hostilizado é de autoria da Justiça Desportiva.

Foi indeferido o efeito suspensivo postulado, sendo após intimado o recorrido para oferecer contrarrazões.

Posteriormente vieram os autos ao *Parquet*.

É o singelo relatório.

Da análise do presente recurso, entende este agente do Ministério Público que o mesmo deve ser conhecido, eis que foram atendidos os pressupostos objetivos e subjetivos da impugnação.

E, quanto ao mérito, ele deve ser provido.

Isso porque, como bem assinalam as razões de recurso, resta mais do que evidente que a ação civil pública não é o meio apropriado para a apreciação da presente controvérsia.

Inicialmente, deve-se asseverar que o fornecimento de entretenimento, como a organização de espetáculos musicais ou jogos esportivos, desde que oferecido ao público em geral, mediante remuneração, pode configurar relação de consumo, como bem assinalam os estudiosos do direito do consumidor francês Jean Calais-Auloy e Frank Steinmetz, verbis:

“La notion de servie est plus vague: elle désigne toute prestation qui peut être fournie à titre onéreux, mais qui n’est pas un bien corporel. Um service peut être matériel (reparation, nettoyage, hôtellerie, transport, etc.), financier (assurance, crédit, etc.), ou intellectuel (soins médicaux, conseils juridiques, etc.). (*Droit de la Consommation*, Dalloz, 4. ed., 1996, p. 185).

A disciplinaç o dessa matéria, entretanto, n o   o objetivo do   3.  do art. 42 da Lei 9.615/1998, preceito no qual se embasa a inicial, que expressamente dispõe o seguinte:

“Art. 42 (...)

  3.  O espectador pagante por qualquer meio, de espetáculo ou evento desportivo equipara-se, para todos os efeitos legais, ao consumidor, nos termos do artigo 2.  da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990”.

Tal comando normativo, evidentemente, resguarda a situa o jurídica do destinatário do espetáculo, ou seja, o torcedor, e não dos participantes do mesmo, ou seja, os jogadores ou os clubes de futebol.

Não objetiva, o dispositivo em questão, autorizar a intromissão de terceiros na organiza o do campeonato brasileiro de futebol, ou na escala o dos times, escolha dos técnicos, etc., sob pena de que, com tal proceder, venha a se subverter integralmente os ditames normativos que disciplinam a espécie.

Tanto isso   verdade, que o constituinte foi extremamente zeloso ao disciplinar a espécie, a ponto de, inclusive, estabelecer restri es   atua o do Poder Judiciário nessa seara, como bem se pode constatar da leitura do   1.  do art. 217 da CF/1988, que expressamente dispõe o seguinte:

“Art. 217.   dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados:

I – a *autonomia* das entidades desportivas dirigentes e associa es, quanto a sua organiza o e funcionamento;

(...)

§ 1.º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas *após esgotarem-se as instâncias da Justiça Desportiva*, regulada em lei”.

Ao comentar o comando constitucional em questão, assevera Pinto Ferreira (*Comentários à Constituição brasileira*, Saraiva, 1995, vol. 7, p. 180), que no conceito de autonomia acima referido, insere-se, inclusive, “*a possibilidade de contrapor a livre deliberação e vontade (da entidade desportiva) contra uma eventual vontade de outra entidade do Governo, Executivo ou Legislativo, em sentido contrário*”.

Tanto isso é verdade, que o escopo do § 1.º do art. 217 da CF/1988, é, no trato da disciplina em competições desportivas, evitar “*a paralisação de campeonatos por causa da concessão de liminares em mandados de segurança*” (Op. cit., p. 186).

Isso, em razão do fato, bem apreendido pelo autor dos preceitos em discussão, Álvaro Melo Filho, de que o Poder Judiciário não está preparado para analisar as peculiaridades de algumas questões desportivas.

Tal constatação é bem evidenciada na seguinte passagem, *verbis*:

“b) Há um evidente despreparo do Judiciário para o trato das questões jurídico-desportivas, que exigem dos julgadores o conhecimento e a vivência de normas, práticas e técnicas desportivas a que, normalmente, não estão afeitos e familiarizados, criando, desse modo, um perigo extraordinário em termos de denegação de justiça, pois há peculiaridades da codificação desportiva compreendidas e explicadas somente por quem milita nos desportos.

Vale dizer, não será possível definir direito e aplicar justiça em função de matéria desportiva, fora do mundo do desporto, sem o espírito da verdade desportiva, sem o sentimento da razão desportiva. Aquele que decidir questão originária do desporto, imbuído do pensamento formalizado nas leis gerais, terá distraído a consciência da justiça” (Ação processual desportiva na nova Constituição, *RePro* 54/154, São Paulo: Ed. RT).

Logo, em princípio, só são aceitáveis as intromissões, inclusive a nível de Poder Judiciário, absolutamente indispensáveis ao regular funcionamento de tais atividades, mas nunca a ingerência direta em assuntos menores, como a composição das chaves de competidores, etc.

Aliás, na hipótese em discussão, sequer há direito do consumidor, como referido na inicial, mas sim mero interesse direto de uma única agremiação, o SER Caxias, que obviamente não dá margem à utilização da ação civil pública.

Nem se argumente com a alegação de que os torcedores dessa agremiação seriam interessados no resultado desta demanda.

Primeiro, porque haveria, na situação em discussão, no máximo um interesse remoto no resultado da ação, interesse de fato, mas nunca “direito” destes a que a entidade esportiva em questão viesse a ingressar na primeira divisão do campeonato brasileiro de futebol.

E tal interesse meramente fático, como bem assinala o insuperável Hugo Nigro Mazzilli, não é suficiente para amparar a pretensão formulada na inicial, alçada a nível de interesse difuso ou coletivo.

Isso foi o que afirmou este integrante do Ministério Público paulista, na seguinte passagem, *verbis*:

“Advirta-se, porém, que, embora o CDC se refira a ser uma situação fática o elo comum entre os lesados que comungam o mesmo interesse difuso, *é evidente que essa relação fática – como outra qualquer – subordina-se, também, a uma relação jurídica; (...)*” (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, 13. ed., Saraiva, 2001, p. 47).

Isso quer dizer que tem de haver uma norma objetiva que resguarde, concretamente, a situação do torcedor do Caxias, como universalidade, garantindo a ele que seu time ingressará no Campeonato Brasileiro de Futebol de 2002, o que, evidentemente, seria um absurdo.

Até porque, a admissão de qualquer agremiação em tal campeonato, depende de inúmeros fatores externos ao torcedor, alheios a este, como o resultado dos jogos de outros times, o desempenho daquele, etc.

Caso contrário, todo torcedor brasileiro teria direito subjetivo a inserir o seu clube do coração no campeonato, o que seria, também, um absurdo.

Situação diversa, entretanto, é aquela enfrentada pelo STJ, quando do julgamento do REsp 242.643/SC, da lavra do ilustre Min. Ruy Rosado de Aguiar, cuja ementa está vazada nos seguintes termos:

“Ação Civil Pública – Ministério Público – Legitimidade – Ingresso gratuito de aposentados em estádio de futebol – Lazer.

O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública em defesa de *interesse coletivo* dos *aposentados* que tiveram *assegurado por lei estadual* o ingresso em estádio de futebol. O lazer do idoso tem relevância social, e o interesse que dele decorre à categoria dos aposentados pode ser defendido em juízo pelo Ministério Público, na ação civil pública” (RSTJ 145/438).

Nesta hipótese, a situação é totalmente diversa da referida na inicial, eis que há comando normativo expresso reconhecendo ao torcedor aposentado o direito ao ingresso no estádio de futebol.

Tal prerrogativa não confere ao seu beneficiário, entretanto, o direito de indicar os times que vão jogar ou escalar os jogadores que deverão participar da partida.

Em segundo lugar, também não pode ser acolhida a pretensão formulada na inicial, porque a ninguém, salvo ao próprio titular, é conferido ingressar em juízo em nome alheio.

Semelhante faculdade só é reconhecida a outrem, como ao Ministério Público, em caráter excepcional, naquelas hipóteses em que o ordenamento jurídico objeti-

va resguardar interesses superiores, fato bem apreendido pelo insuperável processualista peninsular Enrico Redenti, na seguinte passagem:

“Di azione pubblica diremo quelle sanzioni, rispetto alle quali la iniziativa può o deve esser presa, como abbiamo accennato (v. sopra n. 38), dagli uffici del pubblico ministero...”

È intuitivo, che, quando a legge demanda al pubblico ministero di agire, ciò significa, que a aplicação da sanzione anette *un interesse di ordine generale dello Stato o di tutti i soggetti*” (*Profili pratici del diritto processuale civile*, Milão: Dott A Giuffrè Editore, 1939, p. 52).

Essa, evidentemente, não é a situação deste processo, onde o interesse tutelado é particular e localizado, ocorrendo verdadeira anomalia, bem apreendida por Arnol-do Wald, em estudo específico sobre a matéria, intitulado “Usos e abusos da ação civil pública” (Análise de sua patologia), publicado na Revista *AJURIS* 61/74 e ss.

Consequentemente, caberia ao próprio “Caxias” ingressar em juízo para resguardar seu eventual direito e não ao Município utilizar a ação civil pública para semelhante fim.

Ante ao exposto, e nos termos deste parecer, tendo restado evidenciado que a ação civil pública não pode ser utilizada para o fim aqui empregado, que inexistente direito difuso ou coletivo a resguardar e que o autor não está legitimado para o ajuizamento desta demanda, defende o Ministério Público o provimento do agravo, cassando-se a decisão hostilizada, na esteira do melhor entendimento do STJ, externado na apreciação de caso análogo, na decisão de f.

Porto Alegre, 24.10.2002.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A imbricação entre justiça desportiva e justiça estatal - o caso da Associação Portuguesa de Desportos no campeonato brasileiro de futebol de 2013: contribuição para o deslinde técnico-jurídico da controvérsia, de Rodolfo de Camargo Mancuso - *RT* 944/39 (DTR\2014\2126); e
- Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. Consumidor como agente econômico e beneficiário do fomento do desporto. Campeonato Brasileiro de 2013. Perda de pontos. Ilegalidade. Flamengo e Portuguesa, de Roberto Senise Lisboa - *RDC* 92/471 (DTR\2014\1230).

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA

1. A *seleção* de trabalhos (Conteúdo Editorial) para publicação é de competência do Conselho Editorial de cada Revista e da Editora Revista dos Tribunais. Referido Conselho Editorial é formado por vários membros, de forma a preservar o pluralismo, a imparcialidade e a independência na análise dos artigos encaminhados. Eventualmente, os trabalhos poderão ser devolvidos ao Autor com sugestões de caráter científico que, caso as aceite, poderá adaptá-los e reencaminhá-los para nova análise. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise do Conteúdo Editorial de autoria do Colaborador.
2. O envio de Conteúdo Editorial para publicação em qualquer produto editorial da Editora Revista dos Tribunais implica aceitação dos termos e condições da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE, por meio da qual o Autor cede globalmente os direitos autorais do Conteúdo Editorial enviado exclusivamente para a Editora Revista dos Tribunais e seus sucessores oucessionários, por todo o prazo de vigência dos direitos patrimoniais de Autor, previsto na Lei Autoral brasileira, para publicação ou distribuição em meio impresso ou eletrônico, ficando autorizada a incluir esse Conteúdo Editorial, nos meios de divulgação impressos ou digitais, on-line, Intranet, via

Internet e hospedagem, isoladamente ou em conjunto com outras obras e serviços de informação eletrônica, em servidores próprios, de terceiros ou de clientes, podendo distribuí-la comercialmente e comercializá-la, por todos os meios eletrônicos existentes ou que venham a ser criados futuramente, inclusive através de armazenamento temporário ou definitivo em memória ou disco dos usuários ou clientes, em aparelhos móveis ou fixos, portáteis ou não, cabendo à Editora Revista dos Tribunais determinar todas as suas características editoriais e gráficas, preço, modos de distribuição, disponibilização, visualização, acesso, *download*, venda e revenda aos distribuidores, portais de Internet, banco de dados, bem como promoções, divulgação e publicidade. Como contrapartida financeira pela cessão onerosa o Autor receberá um exemplar da Revista impressa onde publicado o Conteúdo Editorial de sua autoria, dando quitação à Editora Revista dos Tribunais pelo valor de consideração correspondente ao preço de capa praticado com o consumidor final na data da primeira distribuição comercial da Revista. A Editora Revista dos Tribunais fica autorizada a proceder modificações e correções para a adequação do texto às normas de publicação.

3. O Conteúdo Editorial encaminhado para a Editora Revista dos Tribunais não pode ter sido publicados nem es-

- tar pendente de publicação em outro veículo, seja em mídia impressa ou eletrônica.
4. O material recebido e não publicado não será devolvido.
 5. Os Conteúdos Editoriais devem atender a todas as normas de publicação. A Editora Revista dos Tribunais não se responsabilizará por realizar qualquer complemento, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave (em português e em outra língua estrangeira), que ficam à elaboração exclusiva do Autor do artigo.
 6. O envio do material relativo aos Conteúdos Editoriais deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: *aval.artigo@thomsonreuters.com*. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).
 7. Os artigos deverão ser precedidos por uma página da qual se fará constar: título do trabalho, nome do Autor (ou Autores), qualificação (situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), número do CPF, endereço completo para correspondência, telefone, fax, *e-mail*, relação da produção intelectual anterior, autorização de publicação pela Editora Revista dos Tribunais com a assinatura da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE.
 8. Não há um número predeterminado de páginas para os textos. Esse número deve ser adequado ao assunto tratado. Porém, para publicação nesta *Revista*, os trabalhos deverão ter um mínimo de 15 laudas (cada lauda deve ter 2.100 toques). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já o determina. Como fonte, usar a *Times New Roman*, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.
 9. O *curriculum* deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante) – máximo de três; finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Exemplo:
Pós-doutor em Direito Público pela Università Statale di Milano e pela Universidad de Valencia. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina.
 10. Os Conteúdos Editoriais deverão ser precedidos por um breve *Resumo* (10 linhas no máximo) em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês.
 11. Deverão ser destacadas as *Palavras-chave* (com o mínimo de cinco), que são palavras ou expressões que sintetizam as ideias centrais do texto e que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho; elas também devem aparecer em português e em outra língua

estrangeira, preferencialmente em inglês, a exemplo do *Resumo*.

12. A numeração do *Sumário* deverá sempre ser feita em arábico. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No Sumário deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:
SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva.
13. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I). As referências devem ser

citadas em *notas de rodapé* ao final de cada página, e não em notas de final.

14. Todo *destaque* que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de *itálico*. Jamais deve ser usado o **negrito** ou o sublinhado. Citações de outros Autores devem ser feitas entre aspas, sem o uso de *itálico* ou recuos, a não ser que o próprio original tenha destaque e, portanto, isso deve ser informado (“destaque do original”).
15. As referências legislativas ou jurisprudenciais devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de sites de Internet, deve-se indicar expressamente, entre parênteses, a data de acesso.

Revisão e diagramação eletrônica:
Textos & Livros Proposta Editorial S/C Ltda., CNPJ 04.942.841/0001-79
Impressão e encadernação:
Orgrafic Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 08.738.805/0001-49

